

## Was Unternehmen beim und vor dem US-Shift beachten sollten

# If you're going to San Francisco, be sure to ...

Während eine neue Gründerwelle die kalifornische Bay Area ergriffen hat und sowohl Venture Capital-Fonds als auch Start-up-Erfolgsgeschichten wie Twitter und Square San Francisco und die Bay Area mit Geld überschwemmen, lockt der neue Goldrausch auch deutsche Unternehmer. Warum nicht den großen Sprung wagen und dem Geschäft den ersehnten Jumpstart auf dem amerikanischen Markt geben? Doch was erwartet die Gründer, das Unternehmen und seine Manager in den Vereinigten Staaten? Was gilt es zu bedenken, wenn aus der Vision eine geschäftliche Wirklichkeit und möglichst auch ein Erfolgsmodell werden soll?

**A**usgangspunkt ist selbstverständlich die Analyse der geschäftlichen Situation des Unternehmens. Besteht schon eine wirtschaftliche Tätigkeit in den USA? Wird Expansion oder der Markteintritt angestrebt? Soll ein Tochterunternehmen gegründet oder das bestehende Unternehmen verlegt werden? Die im Wesentlichen europarechtsgetriebene Internationalisierung des Gesellschaftsrechts hat neue Handlungsmöglichkeiten eröffnet, andere sind gerade dabei sich zu formen. Der deutsche Gesetzgeber hat bereits 2008 deutschen GmbHs und Aktiengesellschaften gestattet, ihren Verwaltungssitz ins Ausland zu verlegen, solange der gesellschaftsvertraglich geregelte Satzungssitz in Deutschland verbleibt. Die USA als Zuzugsstaat erkennen die Rechtsform des Staates, in dem eine Gesellschaft gegründet wurde, an, so dass das Unternehmen unter Wahrung seiner rechtlichen Identität seine tatsächliche Verwaltung in die Vereinigten Staaten verlegen kann. Dies hat wesentliche Vorteile etwa gegenüber der Gründung einer neuen Niederlassung oder auch einer grenzüberschreitenden Verschmelzung, da dort die Übertragung der Vermögenswerte und vertraglichen Beziehungen des Unternehmens, ob durch Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge, Zustimmungserfordernisse, Kündigungsklauseln oder auch Grunderwerbsteuer, auslösen kann. Noch einen Schritt weiter geht eine neuere Entscheidung des OLG Nürnberg, die die sitz- und formwechselnde Eintragung einer ursprünglichen Luxemburgischen S.à.r.l. als GmbH in ein deutsches Handelsregister zugelassen hat und damit einen grenzüberschreitenden Formwechsel. Was eine kosten- und zeiteffiziente Option zur Umstrukturierung darstellen könnte, beschränkt sich derzeit jedoch auf einen einzigen Zuzugsfall. Der formwechselnde Wegzug einer deutschen Gesellschaft etwa in die USA wäre daher noch mit den beteiligten Behörden und juristischen Beratern zu ergründen.

### Steuerrecht, Bilanz, Buchführung

Doch auch die identitätswahrende Verlegung des Verwaltungssitzes in das Ausland zieht steuerliche Folgen nach sich. Endet infolge der Sitzverlegung das deutsche Besteuerungsrecht, so kommt es zur „Wegzugsbesteuerung“: Stille Reserven in den Wirtschaftsgütern des Unternehmens, das keine steuerliche Betriebsstätte in Deutschland behält, werden aufgedeckt und besteuert. Steuerliche Verlustvorträge und Zinsvorträge erlöschen. Sitzverlegende Gesellschaften ohne Geschäft, die jedoch noch Verbindlichkeiten z.B. im Konzern haben, könnten durch den Wegzug

einen steuerpflichtigen Sanierungsgewinn auslösen. Gerade Unternehmen, die bereits eine geschäftliche Vergangenheit haben, sollten diese Fragen sorgfältig prüfen. Auf eine GmbH oder AG mit Verwaltungssitz im Ausland bleibt deutsches Gesellschaftsrecht anwendbar. Die Bilanzierung der Gesellschaft ist gemäß § 244 HGB weiterhin auf Deutsch und in Euro vorgeschrieben, was Zusatzaufwand für ein amerikanisch geprägtes Management verursachen kann.

### Arbeitsrecht

Die identitätswahrende Verlagerung des Geschäftssitzes ins Ausland, arbeitsrechtlich in der Regel als Verlegung oder als Betriebsstillegung des deutschen Betriebs zu qualifizieren, ermöglicht betriebsbedingte Kündigungen für die Belegschaft am deutschen Standort. Es gelten jedoch weiterhin Zustimmungsvorbehalte und Kündigungsverbote wie etwa für Schwerbehinderte und während Schwangerschaft und Elternzeit. Betriebe ab 20 Arbeitnehmern können bei Kündigungen von mehreren Arbeitnehmern zur Anzeige bei der Agentur für Arbeit verpflichtet sein. Besteht im Unternehmen ein Betriebsrat, so ist dieser über die Verlagerung zu unterrichten. Ein Interessenausgleich muss versucht werden, der Betriebsrat kann Sozialpläne und sogar die einstweilige Untersagung der Verlegung erzwingen. Nach der Durchführung der Verlegung endet jedoch das deutsche Mitbestimmungsrecht für die Gesellschaft, das nur auf in Deutschland belegene Betriebe Anwendung findet. Sozialversicherungsrechtliche Vorschriften erfordern komplexe Einzelprüfungen, in welchem Staat für die Arbeitnehmer Beitragspflichten bestehen. Bei einer Übertragung des Geschäftsbetriebs, z.B. auf ein bestehendes oder neu gegründetes verbundenes Unternehmen, kann ein grenzüberschreitender Betriebsübergang mit den Folgen des § 613a BGB vorliegen.

### Verträge, IP, Öffentliches Recht

Bestehende Verträge bleiben von einer Verlegung des Geschäftssitzes unberührt, während eine Übertragung der Verträge selbstverständlich der Zustimmung der Vertragspartner bedürfte. Gleiches gilt grundsätzlich für Schutzrechte wie Patente, Marken und ähnliche Rechte. Zu beachten ist jedoch zum einen der Geltungsbereich der Schutzrechte, der gegebenenfalls erweitert werden sollte, zum anderen etwa bei Marken das Risiko des Rechtsverlusts, wenn die Marke am ursprünglichen Geschäftssitz nicht mehr benutzt wird. Bestehen Schutzrechte,



sollten auch diese daher frühzeitig in die Prüfung und Planung mit Beratern einbezogen werden. Öffentlich-rechtliche Genehmigungen der Gesellschaft sind im Einzelnen auf Konsequenzen der Geschäftsverlegung zu prüfen. Ebenso ist zu untersuchen, ob das Geschäft am neuen Standort in den USA erlaubnispflichtig ist. Wurden dem Unternehmen in der Vergangenheit Fördermittel gewährt, ist auf standort- oder betriebsbezogene Rückzahlungspflichten zu achten. Sollte am Ende das Geschäft fehlschlagen: § 3 Abs. 1 S. 2 der deutschen Insolvenzordnung ordnet für ein Insolvenzverfahren die Anwendbarkeit des Rechts am Ort des Mittelpunkts der wirtschaftlichen Tätigkeit, also des Zuguslands an. Soweit ein kurzer, nicht abschließender Abriss der Fragen, mit denen sich die umzugswillige Gesellschaft aus Heimatperspektive beschäftigen sollte. Selbstverständlich lassen sich die meisten dieser Fragen für den neuen Standort USA spiegeln.

### Visa

Zuallererst muss jedoch, wer ein Unternehmen in den Vereinigten Staaten gründen oder eine Geschäftstätigkeit aufnehmen will, den immigrant oder nonimmigrant visa-Prozess durchlaufen und eine Erlaubnis erhalten, in den USA zu leben und zu arbeiten. Dies gilt für Gründer gleichermaßen wie für Angestellte eines Unternehmens, das in die USA verlegt werden soll. Bereits die Einreise für Vorbereitungsmaßnahmen, etwa zur Kapitaleinwerbung, Suche nach Büroflächen oder Vertragsverhandlungen erfordert ein Business Visitor-Visum. Die U.S. Citizenship and Immigration Services geben auf ihrer Website einen Überblick über die unternehmensbezogenen Visa-Kategorien als Einstieg.

### Gründung

Wird statt einer Geschäftssitzverlegung in den USA eine neue Gesellschaft gegründet, kommen aus Gründen der Haftungsbegrenzung zumeist die Gesellschaftsformen der Corporation und der Limited Liability Company (LLC) in Frage, die beide durch eine einfache Anmeldung beim Secretary of State des Gründungsstaates gegründet werden. Zwischen diesen Gesellschaftsformen entscheiden oft steuerliche Gründe, da Corporations zunächst auf ihre Gewinne besteuert werden und dann bei der

Gewinnausschüttung noch einmal der Anteilseigner, während die Gewinne der LLC für Einkommensteuerzwecke auf Bundes- und Staatenebene standardmäßig nur einmal auf der Gesellschafterebene besteuert werden, vergleichbar mit steuerlich transparenten Personengesellschaften in Deutschland. Ein ausländischer Unternehmensinhaber oder Investor ohne Permanent Residence in den USA hat jedoch in den Einkommenssteuererklärungen in den USA sein weltweites Einkommen anzugeben und unterliegt der Besteuerung mit seinem gesamten US-Einkommen unabhängig von deren LLC-Zugehörigkeit. Darüber hinaus müssen eventuell Withholding Taxes auf seinen Gewinnanteil einbehalten werden, unabhängig davon, ob eine Barausschüttung tatsächlich stattgefunden hat.

### Besonderheiten US-Recht

Abschließend können auch die Besonderheiten des US-Rechts deutsche Unternehmer vor Überraschungen stellen. Insbesondere kommt ein ausländisches Unternehmen zuweilen unverhofft mit dem strikten Aufsichtsrecht in Berührung, z.B. über Rechnungslegung, Compliance oder bei der Kapitalbeschaffung, da die Behörden teilweise über den in Deutschland gewohnten Umfang Eingriffszuständigkeiten haben. Vor Herausforderungen stellt ausländische Unternehmen schließlich auch das US-amerikanische Zivilprozessrecht, insbesondere mit seinem langwierigen und kostenintensiven vorgerichtlichen Beweisverfahren (Discovery).

---

#### Dr. Christina Erfurth, LL.M.

ist Counsel der Sozietät lindenpartners und spezialisiert auf M&A- und Private Equity-Transaktionen. Lindenpartners berät aus Berlin heraus deutschlandweit und international Unternehmen jeder Größenordnung in den Kernbereichen des Wirtschaftsrechts. Besondere Schwerpunkte der Sozietät sind neben M&A und Gesellschaftsrecht die Beratung zu bank- und kapitalmarktrechtlichen Themen sowie Gerichts- und Schiedsverfahren.

