

Founder HoldCos

Wichtiger Hinweis: Die in dieser Erläuterung dargestellten (rechtlichen) Aspekte dienen nur der allgemeinen Information, sind nicht abschließend und können eine umfassende rechtliche, steuerrechtliche oder sonstige Beratung im Einzelfall nicht ersetzen.

Important Notice: The (legal) concepts and aspects outlined in this memorandum are provided for general information purposes only; they are not exhaustive, and cannot substitute comprehensive legal, tax and other advice in the individual case.

Gründerinnen¹, aber auch andere Personen, die in das Unternehmen investieren, wie z. B. Business Angels, können ihre Anteile an dem Unternehmen entweder unmittelbar oder über eine hundertprozentige Tochtergesellschaft (nachfolgend "**Founder HoldCo**") halten. Wenngleich das Halten der Beteiligung über eine Founder HoldCo die Finanzierungsdocumentation etwas komplizierter macht und Kosten für das Aufsetzen und die laufende Verwaltung einer separaten juristischen Person mit sich bringt, lohnt es sich dennoch, frühzeitig über eine angemessene Holdingstruktur nachzudenken. Der Wechsel in eine solche Struktur zu einem späteren Zeitpunkt ist vielfach mit u. U. erheblichen negativen steuerlichen Folgen verbunden und, um es vorwegzunehmen: Das Halten der Beteiligung an einem "typischen" deutschen – häufig ja VC-finanzierten – Start-up über Founder HoldCos ist für Gründerinnen regelmäßig zu empfehlen:

Founders, or other people investing in the company, such as business angels, can hold their shares in the company either directly (one-tier structure) or through a wholly owned subsidiary (two-tier structure). While holding one's participation through such a personal holding entity (we will use hereinafter for ease of reference the term "**Founder HoldCo**") makes the transaction documentation a little more complex and incurs some costs for setting up and administering a separate legal entity, it is advisable to consider the implementation of such structure right from the start, as changing from a one-tier to a two-tier structure at a later point in time can have negative tax consequences, and to be clear from the outset: For most founders of a "typical" – often VC-backed – German start-up, holding their participations via Founder HoldCos is usually advisable:

- Das Halten von Anteilen über Founder HoldCos hat insbesondere Steuervorteile, die wir im Folgenden kurz skizzieren. Dabei haben die folgenden Ausführungen die in Deutschland ansässigen und steuerpflichtigen Gründerinnen im Blick; die Situation in anderen Ländern kann davon abweichen und es sollte immer eine Prüfung und Beratung im
- The main reasons and benefits for holding one's shares in the start-up through a Founder HoldCo are tax-driven. We briefly outline them below. Note that the following comments are directed at German resident and taxable founders and that the situation may be different in other cases. Accordingly, a separate assessment and respective advice should always be obtained for each individual

¹ Wir verwenden in dieser Darstellung aus Gründen der besseren Lesbarkeit einheitlich die weibliche Form, welche alle Geschlechter einbeziehen soll.

Einzelfall erfolgen.

- Founder HoldCos machen auch spätere Umstrukturierungen des Start-ups, insbesondere einen "Flip" in eine US / deutsche Holdingstruktur deutlich einfacher.

Besteuerung von Veräußerungsgewinnen

Eine Founder HoldCo bietet Steuervorteile, wenn die Gründerin ihre Beteiligung an dem Start-up verkaufen möchte. Ohne eine Founder HoldCo würden Veräußerungsgewinne bei Verkauf ihrer Beteiligung an dem Start-up mit einem Steuersatz von bis zu 28,5 % besteuert werden (ggf. zzgl. Kirchensteuer). Die Verwendung einer Founder HoldCo würde es der Gründerin dagegen ermöglichen, die Besteuerung der Gewinne aus dem Verkauf ihrer (indirekt über die Founder HoldCo gehaltenen) Beteiligung an der HoldCo auf (zunächst) effektiv ca. 1,5 % zu senken. Für die Founder HoldCo sind 95 % der Kapitalerträge aus der Veräußerung steuerfrei, während die verbleibenden 5 % mit insgesamt etwa 30 % Körperschaftsteuer, Solidaritätszuschlag und Gewerbesteuer besteuert werden (im Ergebnis eine effektive Steuerquote von etwa 1,5 %). Hält die Gründerin ihre Beteiligung an dem Start-up unmittelbar, müsste sie auf Veräußerungsgewinne und Dividenden ggf. auch Kirchensteuer zahlen. Bei einer Founder HoldCo fällt hingegen keine Kirchensteuer auf Kapitalerträge an.

Wenn die Gründerin Gewinne aus dem Exit auf ihre persönliche Ebene übertragen will und eine Dividende aus ihrer Founder HoldCo an sich ausschüttet, neutralisiert dies grob betrachtet den Steuervorteil der Founder HoldCo. Allerdings kann die Gründerin natürlich auch nur einen Teil ihrer Exiterlöse ausschütten, während der Rest von ihrer Founder HoldCo für Reinvestitionen in andere Unternehmen oder Anlagen (Aktien, Immobilien, das nächste Start-up, Angel-Investments usw.) genutzt werden kann. Zudem kann die Gründerin bei Ausschüttungen einer Founder

case.

- The use of Founder HoldCos preserves flexibility down the road and makes later restructurings, e.g., a "flip" into a US / German holding structure often much easier.

Taxation of Capital Gains

A Founder HoldCo offers tax advantages if the founder wants to sell his or her participation in the start-up. Without a Founder HoldCo, he or she would incur up to 28.5 % personal tax cost on capital gains when he or she sells his or her participation in the start-up (potentially increased by church tax). Using a Founder HoldCo, however, would allow the founder to reduce the taxation on capital gains from selling his or her participation in the start-up to (at first) effectively approx. 1.5 %. The Founder HoldCo is eligible for a 95 % tax exemption on capital gains and the remaining 5 % are taxed at a total of approximately max. 30 % corporate tax (including the solidarity surcharge) and trade tax, reducing his or her tax to effectively approximately max. 1.5 %. Church tax may still come on top in a scenario where the founder would hold his or her shares in the start-up directly but would not accrue to capital gains in case of a Founder HoldCo.

If the founder then wants to enjoy the gains from the exit on his or her personal level and pays out a dividend from his or her Founder HoldCo to herself, this will neutralize the tax advantage of the personal holding company. However, depending on the volume of the capital gain, the founder may only need a fraction of the wealth on his or her personal level, with the remainder being available for reinvestments out of his or her Founder HoldCo in other ventures or assets (shares, property, the next start-up, angel investments, etc.). Also, with a Founder HoldCo, the

HoldCo den Zeitpunkt der Besteuerung bestimmen. Ohne eine Founder HoldCo würde die Steuerlast in dem Zeitpunkt entstehen, in dem die Veräußerung der Anteile an dem Start-up erfolgt.

Besteuerung von Dividenden

Eine Founder HoldCo bietet unter Umständen auch dann Steuervorteile, wenn das Start-up seinen Gesellschafterinnen Dividenden ausschüttet. Ohne Founder HoldCo kann sich die individuelle Steuerlast in diesem Fall auf bis zu 26,4 % belaufen, wobei etwaige Kirchensteuer sogar noch hinzukäme. Erfolgt die Ausschüttung dagegen an die Founder HoldCo, läge die Steuerlast wiederum bei (zunächst) effektiv ca. 1,5 %, wenn die Founder HoldCo mindestens 15 % des Stammkapitals des Start-ups (seit Beginn des Jahres, in dem die Ausschüttung erfolgt) hält (ggf. auch durch die von mehreren Gründerinnen in einer gemeinsamen Founder HoldCo gepoolten Beteiligungen an dem Start-up, siehe so gleich).

Bei Beteiligung unter 15 % ist bei einem reinen Fokus auf Dividenden die direkte Beteiligung in der Regel steuergünstiger als das Halten über die Founder HoldCo. Wenn die Gefahr besteht, dass die Founder HoldCo unter 15 % verwässert wird, und wenn Dividenden eine ernsthafte Option sind, können zwei oder mehr Gründerinnen (oder jede andere Gesellschafterin) ihre Beteiligungen an der Founder HoldCo über eine weitere gemeinsame Holdinggesellschaft zusammenlegen. Auf diese Weise würde eine dreistufige Struktur geschaffen, bei der die Founder HoldCos der unteren Ebene eine gemeinsame Beteiligung von 15 % oder mehr am Nominalkapital des Start-ups halten und in den Genuss der niedrigen Effektivbesteuerung von 1,5 % kommen, während auf der oberen Ebene die 15 %-Schwelle erreicht wird, so dass auch auf dieser Ebene die Effektivbesteuerung von 1,5 % gilt.

Jede Gründerin sollte sich daher fragen, ob der

founder can determine the point in time when the tax on the distribution accrues. Without a personal holding company, the tax would accrue upon the divestment of the shares in the start-up by the founder.

Taxation of Dividends

Similarly, a Founder HoldCo structure may offer tax advantages if the start-up pays dividends to its shareholders, depending on the circumstances. Without a Founder HoldCo, taxation on the personal level may go up to 26.4 %, excluding potential church tax, whereas with a Founder HoldCo, the tax burden would be limited to (at first) approximately max. 1.5 %, but only if the founder's personal holding company holds at least 15 % of the statutory share capital of the start-up since the beginning of the year in which the dividend is paid (including in suitable cases through pooled holdings of some or all founders, see below).

If the founder holds less than 15 % in his or her start-up, (merely) for dividends, a direct investment in the start-up would be more tax advantageous than holding the investment through a Founder HoldCo. Should the Founder HoldCo be at risk of being diluted below the level of 15 %, and if dividends are a serious option, then two or more founders (or any other shareholder) may pool their Founder HoldCo's participations through another joint holding entity. This would, in effect, establish a three-tier structure, where the lower-level Founder HoldCos hold a joint shareholding of 15 % or more of the nominal capital of the start-up, and benefit from the low 1.5 % effective taxation and the 15 % thresholds are met on the upper level as well ensuring 1.5 % effective taxation on that level.

Each founder should therefore ask his- or herself

zukünftige Business Case hohe Dividendenzahlungen beinhaltet oder sie lieber das "Exit-Game" spielen will. Zumindest im letzteren Fall ist eine Founder HoldCo / eine zweistufige Struktur steuerlich vorteilhafter.

Eine zweistufige Struktur bewahrt Optionen für künftige Umstrukturierungen – namentlich einen US-Flip.

Die Implementierung einer deutsch / amerikanischen Holdingstruktur nach der Gründung des deutschen Start-ups kann für alle Gesellschafterinnen, die ihre Anteile direkt am Start-up halten, steuerlich sehr teuer werden, d. h. die frühzeitige Gründung von Founder HoldCos kann dazu beitragen, die Option zu wahren, in der Zukunft durch den berühmten "Flip" eine deutsch / amerikanische Holdingstruktur zu schaffen.²

Zusammenfassend bezeichnet ein "Flip" den "Transfer" eines deutschen Start-ups in eine US-amerikanische Rechtsform. Dabei "tauschen" oder "flippen" die Gesellschafterinnen ihre Anteile an dem operativen (deutschen) Start-up (in der Regel als "**OpCo**" bezeichnet) gegen Anteile an einer neu gegründeten US-Holdinggesellschaft (in der Regel eine Delaware Inc. und im Folgenden als "**US HoldCo**" bezeichnet). In der Regel verbleiben Vermögenswerte, geistige Eigentumsrechte und Mitarbeiter bei der OpCo, während die US HoldCo die Rolle einer Holding- und Managementgesellschaft übernimmt, die manchmal auch Geschäftsbeziehungen mit Kunden in den USA eingeht (obwohl es aus verschiedenen Gründen oft ratsamer ist, neben der US HoldCo eine weitere neue US-Gesellschaft zu gründen, d. h. eine Schwestergesellschaft zur OpCo, die als operative Gesellschaft auf dem

whether the future business case includes high dividend payments and the founders maintaining a relevant stake in the company or whether he or she will rather play the "exit game". At least in the latter case, a Founder HoldCo / a two-tier structure will be more tax advantageous.

A Two-Tier Structure Preserves Options for Future Restructurings – Namely a US Flip.

Implementing a German / US holding structure after the German start-up has been incorporated can be really tax expensive for all shareholders holding their shares in the start-up directly, *i.e.*, setting up Founder HoldCos early on can help preserving the option of getting into a US / German holding structure in the future through the famous "flip".³

In a nutshell, a "flip" refers to the "transfer" of a German start-up to a US legal structure. In this process, the shareholders "swap" or "flip" their shares in the business-carrying (German) start-up (usually referred to as "**OpCo**") for shares in a newly established US holding entity (usually a Delaware Inc. and hereinafter referred to as "**US HoldCo**"). Usually, assets, intellectual property rights, and employees remain with OpCo while US HoldCo assumes the role of a holding and management company that sometimes also enters into business relationships with customers in the United States (though for various reasons, it is often more advisable to establish another new US company beneath US HoldCo, *i.e.*, a sister company to OpCo, to act as operating company in the US market).

² Einzelheiten zu den Vor- und Nachteilen einer US-amerikanischen / deutschen Holdingstruktur sowie Informationen zu den steuerlichen Folgen finden Sie in unserem Leitfaden OLNS#7 – Flip it Right, der hier heruntergeladen werden kann: <https://media.orrick.com/Media%20Library/public/files/insights/olns-7-flip-it-right.pdf>.

³ You can find details about the pros and cons of a US / German holding structure and information on the tax consequences in our Guide OLNS#7 – Flip it Right, which can be downloaded here: <https://media.orrick.com/Media%20Library/public/files/insights/olns-7-flip-it-right.pdf>.

US-Markt agiert).

Im Folgenden findet sich eine kurze und vereinfachte Zusammenfassung der typischen Schritte, die bei einem "Flip" zu unternehmen sind. Die passende Transaktionsstruktur hängt jedoch immer vom jeweiligen Einzelfall ab.

- Schritt 1: Die derzeitigen Gesellschafterinnen der OpCo (d. h. die Gründerin oder ihre Founder HoldCos und die bestehenden Investorinnen) gründen die US HoldCo.
- Schritt 2: Die derzeitigen Anteilseignerinnen der US HoldCo und potenzielle bestehende und / oder neue Investorinnen schließen die typischen Vereinbarungen über ihre Rechte und Pflichten als künftige Anteilseigner der US HoldCo ab, einschließlich Exit-Optionen, Vorzugsrechte usw.
- Schritt 3: Die bisherigen Gesellschafterinnen der OpCo übertragen 100 % der Anteile an der OpCo auf die US HoldCo. Dazu ist eine Übertragungsurkunde erforderlich, die vor einem deutschen Notar beglaubigt werden muss. Im Gegenzug erhalten die Altgesellschafterinnen der OpCo Anteile an der US HoldCo.

Der dem Flip zugrunde liegende Anteilstausch ist jedoch ein steuerpflichtiger (veräußerungsähnlicher) Vorgang nach deutschem Steuerrecht. Anders als bei einem Anteilstausch, an dem EU / EWR-Gesellschaften beteiligt sind, kann ein Flip in eine nach dem Recht der Vereinigten Staaten organisierte Gesellschaft nicht steuerneutral durchgeführt werden, da eine Buchwertfortführung nach dem deutschen Umwandlungssteuergesetz nicht möglich ist. Daher werden die derzeitigen Gesellschafterinnen der OpCo bei der Durchführung des Umtauschs einen Gewinn (Verlust) in Höhe des Saldos aus (i) dem gemeinen Marktwert der OpCo-Anteile und (ii) ihrem

Here is a brief and simplified summary of the typical steps to be taken in a flip. The best transaction structure will, however, always depend on the specific case at hand.

- Step 1: The current shareholders of OpCo (*i.e.*, the founders or their Founder HoldCos and the existing investors) incorporate US HoldCo.
- Step 2: The current shareholders of US HoldCo and potentially existing and / or new investors enter into the typical agreements governing their rights and obligations as future shareholders of US HoldCo, including exit options, preference rights, *etc.*
- Step 3: The existing shareholders of OpCo transfer 100 % of the shares in OpCo to US HoldCo. This will require a transfer deed to be notarized in front of a German notary. In exchange, the existing shareholders of OpCo receive shares in US HoldCo.

However, the share swap underlying the flip is a taxable (sales-like) event under German tax law. Unlike for share swaps involving EU / EEA companies, a flip into a company organized under the laws of the United States cannot be effected on a "no gain / no loss" basis and there is no rollover of acquisition costs under the German Transformation of Companies Tax Act (*Umwandlungssteuergesetz*) available. Thus, when implementing the flip, the current shareholders of OpCo will record a gain (loss) at the balance of (i) the fair-market value (*gemeiner Wert*) of OpCo shares and (ii) their carrying book value and transaction costs, each at the time of transfer of title (or if

Buchwert und den Transaktionskosten verbuchen, jeweils zum Zeitpunkt der Übertragung der Inhaberschaft an den OpCo-Anteilen auf die US HoldCo (oder, falls abweichend, bei der Übertragung der wirtschaftlichen Inhaberschaft). Hinsichtlich der effektiven Steuerbelastung ist es ein Unterschied, ob die jeweilige Anteilseignerin der OpCo, die ihre Anteile an die US HoldCo überträgt, eine deutsche Kapitalgesellschaft (wie z. B. eine Founder HoldCo) oder eine natürliche Person ist, die der deutschen Besteuerung unterliegt.

- Für körperschaftliche Gesellschafterinnen dürfte in vielen Fällen die reguläre deutsche Steuererleichterung in Anspruch genommen werden können, d. h. der effektive Steuersatz sinkt auf 1,5 % des jeweiligen steuerpflichtigen Gewinns aus der Veräußerung.
- Ist die Gesellschafterin dagegen eine natürliche Person, die in Deutschland steuerpflichtig ist und in den letzten fünf Jahren eine Beteiligung von mindestens 1 % an der OpCo gehalten hat, ist ihr Veräußerungsgewinn nur zu 40 % steuerfrei, sodass die Effektivbesteuerung bis zu 28,5 % beträgt.

*Für weitere Informationen verweisen wir auf die **Orrick Legal Ninja Series** – unsere ständig wachsende Sammlung an Praxisleitfäden zum kostenlosen Download unter: <https://www.orrick.com/de-DE/Practices/Orrick-Legal-Ninja-Series-OLNS>.*

differing, upon transfer of economic ownership) in the OpCo shares to US HoldCo. With respect to the effective tax burden, the situation differs whether the respective shareholder of OpCo which transfers its shares to US HoldCo is a German corporation (such as a Founder HoldCo) or a natural person subject to German taxation.

- For corporate shareholders, the regular German tax relief should often be available, *i.e.*, the effective tax rate comes down to 1.5% of the respective taxable gain resulting from the flip.
- In contrast to that, if the shareholder is a natural person subject to German taxation and has been holding in the last five years an equity stake in OpCo of at least 1 %, his or her gain from the flip would only be 40 % tax exempt, with effective taxation often ranging up to approximately 28.5 %.

*For further information please also see the **Orrick Legal Ninja Series** – our growing library of practical guides that can be downloaded for free under: <https://www.orrick.com/en/Practices/Orrick-Legal-Ninja-Series-OLNS>.*