

technology law

Liebe Leserinnen und Leser,

Delaware Flip - Modeerscheinung oder strategische Struktur?

Aus Großbritannien kommt derzeit der Begriff „Delaware Flip“. Aus deutscher Sicht versteht man darunter eine Holding Struktur, bei der ein operatives deutsches Unternehmen in eine US-amerikanische Holding eingebracht wird, die nach dem Recht des Staates Delaware errichtet wurde (Delaware Holding). Die Gesellschafter des einbringenden Unternehmens erhalten für ihre Anteile Aktien an der Delaware Holding.

Mehrere britische Technologieunternehmen haben unlängst im Zusammenhang mit Venture Capital Finanzierungen diesen Schritt gewagt. Hierzulande scheint man etwas zurückhaltender zu sein, auch wenn derzeit einige Venture Capital Gesellschaften mit ihren Portfoliounternehmen einen solchen Schritt prüfen. Ein Grund mag dafür die in Deutschland etwas schwierigere Steuersituation sein.

Delaware Flips hat es in Deutschland bereits Mitte der neunziger Jahre gegeben, zu einer Zeit als es noch keinen

Neuen Markt gab und deutsche Technologieunternehmen den Weg an die Börse über die USA suchten (SCM Microsystems, Cybernet). Einzelne Unternehmen haben dies mit großem Erfolg getan, die Struktur kann damit als in der Praxis bewährt bezeichnet werden.

Gründe für einen Delaware Flip

Der Delaware Flip ist keine steuerlich motivierte Struktur, im Gegenteil, er bringt steuerliche Probleme mit sich, die aber individuell lösbar sind. Entscheidende Faktoren sind Marktüberlegungen, insbesondere der US-amerikanische Kapitalmarkt.

Im Bereich Venture Capital hat der europäische Markt den in den letzten fünf oder sechs Jahren gegenüber dem US-Markt gutgemachten Boden wieder verloren. US-Investoren scheinen die Rezession überwunden zu haben und sind wieder deutlich aktiver. Der CEO eines US-amerikanischen Biotech Unternehmens, das unlängst einen deutschen Wettbewerber übernommen hatte, beantwortete die Frage nach dem kennzeichnenden Unterschied beider Unternehmen mit den alles entscheidenden Finanzierungsressourcen in den USA.

in dieser Ausgabe

Delaware Flip - Modeerscheinung oder strategische Struktur?

von RA Dr. Hubert Besner

Aktuelle Rechtsprechung

Bundesverfassungsgericht vom 25.07.2003:
Zustellung einer US- Klage über 17 Milliarden
US-Dollar abgelehnt

Bundesgerichtshof vom 17.07.2003:
„Deep Links“ grundsätzlich zulässig

Bundesgerichtshof vom 10.04.2003:
Wettbewerbsverbot ohne Karenzgeld bei freien
Mitarbeitern (Softwareentwickler) nicht gültig

Oberlandesgericht Düsseldorf vom 26.02.2003:
Logfiles und Anscheinsbeweis

Landgericht Köln vom 15.04.2003:
Wirksamer Ausschluss des Anspruchs auf Herausgabe
des Quellcodes

Landgericht Düsseldorf vom 26.03.2003:
Exit-Pop-Up-Fenster wettbewerbswidrig

Bundesarbeitsgericht vom 27.11.2003:
Kein Widerruf eines arbeitsrechtlichen
Aufhebungsvertrages nach § 312 BGB

Für deutsche Venture Capital Unternehmen kann im Rahmen eines Co-Investments, die heute die Regel darstellen, eine Delaware Flip ein entscheidender Beitrag zu Gewinnung von US Investoren sein. US-Investoren bevorzugen für ihre Investments nach wie vor US-amerikanische Gesellschaften, ganz einfach weil ihnen das Gesellschaftsrecht vertrauter ist. Auch wenn es in den letzten Jahren mehr und mehr internationale Venture Capital Investments in deutsche Gesellschaften gegeben hat, das schwerfällige und aufgrund des Kapitalaufbringungs- und Erhaltungsgrundsatzes überholte deutsche Gesellschaftsrecht ist bei US-Investoren nach wie vor nicht beliebt.

Eine US-Struktur wird vielfach auch für einen Exit als vorteilhaft angesehen, die Mehrzahl der Käufer im Rahmen eines Trade Sale kommt nun einmal aus den USA. Auch für ein Public Offering ist nach Meinung führender Investmentbanken eine US-Struktur von Vorteil, für den Venture Capital Investor kann die höhere Liquidität den Exit nach einem Börsengang erleichtern.

Daneben können aber auch die Erschließung neuer Absatzmärkte oder die Gewinnung von Mitarbeitern in den USA eine Rolle spielen. Bei US-amerikanischen Führungskräften sind Aktienoptionen nach wie vor ein wesentlicher Vergütungsbestandteil. Die Umsetzung wettbewerbsfähiger Optionspläne ist im deutschen Aktienrecht nicht immer einfach, so sind z. B. die gesetzlichen Vorgaben zu Wartezeiten (Vesting) und Erfolgszielen US-Mitarbeitern nur schwer zu vermitteln.

Warum eine Delaware Holding

Kennzeichnend für den Delaware Flip ist eine Holding (Corporation) errichtet nach dem Recht des Staates Delaware. In den USA ist Gesellschaftsrecht „Ländersache“, die Gesetzgebungskompetenz liegt bei den einzelnen Bundesstaaten. Das Gesellschaftsrecht des Staates Delaware ist aufgrund der Vielzahl der vorhandenen Einzelfallentscheidungen (Case Law) hochentwickelt und zudem unternehmerfreundlich.

Steuerliche und rechtliche Überlegungen

Steuerlich sind bei der Struktur zwei Fragenkreise zu beantworten, einmal mögliche Veräußerungsgewinne bei der Einbringung und zum anderen die laufende Besteuerung.

Im Rahmen der Einbringung kann der Anteilstausch zur Besteuerung stiller Reserven führen, insbesondere bei Beteiligungen im Sinne des § 17 EStG. Vielfach werden aufgrund nach wie vor niedriger Unternehmensbewertungen keine oder nur geringe stille Reserven vorliegen. Ist dies aber der Fall, kann eine Einbringung zu Buchwerten nach dem Umwandlungsteuergesetz in Betracht kommen. Dafür ist es erforderlich, dass die Delaware Holding steuerlich in Deutschland ansässig wird (Dual Resident Company).

Bei der laufenden Besteuerung stellt sich gleichfalls die Frage der steuerlichen Ansässigkeit. Befindet sich der Ort der Geschäftsleitung der Delaware Holding in Deutschland, ist diese hier unbeschränkt steuerpflichtig. Zur Bestimmung des Orts der Geschäftsleitung gibt es eine Vielzahl von Kriterien. So kann z. B. ein deutsches Management und das Abhalten der Board Meetings in Deutschland dafür ausreichend sein. Im Rahmen der laufenden Besteuerung bestehen aus deutscher Sicht nach der Abschaffung des Anrechnungsverfahrens keine wesentlichen strukturellen Nachteile. Aus US-amerikanischer Sicht kann es allerdings zu einer Doppelbesteuerung kommen, wenn die Gesellschaft auch über Einkünfte aus US-amerikanischen Quellen verfügt.

Zivil- und gesellschaftsrechtlich, insbesondere im Hinblick auf das Haftungsschild einer Corporation, ist nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes zum deutsch-amerikanischen Freundschaftsvertrag Anfang diesen Jahres die Anerkennung von US-Gesellschaften gewährleistet, unabhängig davon, wo sie ihren Verwaltungssitz haben.

Zusammenfassung

Vorstehende Ausführungen geben nur einen ersten Überblick über rechtliche und steuerliche Fragen in Zusammenhang mit einem Delaware Flip und können nicht eine eingehende Prüfung der Vor- und Nachteile jedes Einzelfalls ersetzen. Langfristige Überlegungen zur Ausrichtung des Unternehmens sollten dabei im Vordergrund stehen.

Wenn Sie Fragen hierzu haben oder an weitergehenden Unterlagen interessiert sein, stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

RA Dr. Hubert Besner

Aktuelle Rechtsprechung

Bundesverfassungsgericht vom 25.07.2003: Zustellung einer US- Klage über 17 Milliarden US-Dollar abgelehnt

Das Bundesverfassungsgericht untersagte in seinem Beschluss die Zustellung einer in den USA erhobenen Sammelklage (class action) auf Schadensersatz in Höhe von 17 Mrd. US-\$ durch die deutschen Behörden auf Grundlage der internationalen Zustellungsvorschriften. Amerikanische Musikautoren und –Produzenten gingen gegen die Bertelsmann AG wegen deren Beteiligung an der Internet-Musik-Tauschbörse Napster vor. Die Klage habe – jedenfalls ihrer Höhe nach - keine substantielle Grundlage. Ein Verfassungsrechtsverstoß wird hier in dem Versuch der Kläger gesehen, das Gerichtsverfahren dazu zu nützen, um mit medienwirksamem Druck und dem Risiko einer Verurteilung den Geschäftsgegner gefügig zu machen. Das mit der Klage

angestrebte Ziel verstoße, so das Gericht, offensichtlich gegen unverzichtbare Verfassungsgrundsätze. Somit verletzt schon die Zustellung der Klage die Grundrechte der Beklagten (Az: 2BvR 1198/03)

Bundesgerichtshof vom 17.07.2003: „Deep Links“ grundsätzlich zulässig

In seinem Urteil hat der BGH festgestellt, dass das Setzen von sog. „Deep Links“ für sich genommen nicht unzulässig sei. Bei „Deep Links“ handelt es sich um Hyperlinks (elektronische Verweise), die den unmittelbaren Aufruf von „tieferliegenden“ Webseiten eines Internet- Informationsanbieters ermöglichen. Der Nutzer wird so an den Webeintragungen der Startseite vorbeigeführt. Suchdienste, die diese Verlinkung ermöglichen, nehmen nach Ansicht des BGH hierdurch keine Nutzungshandlungen vor, die den Herstellern oder Urheberrechtsberechtigten der Datenbanken vorbehalten seien. Indem ein urheberrechtlich geschütztes Werk durch den Berechtigten ohne technische Schutzmaßnahmen im Internet öffentlich zugänglich gemacht werde, werden Nutzungen dadurch bereits selbst ermöglicht, die ein Abrufender vornehmen könne. Auch ohne Deep Link könne ein Nutzer bereits durch Eingabe der konkreten URL (Uniform Resource Locator, d.h. der „Internetadresse“) unmittelbar auf eine Datei zugreifen. Suchdienste verhielten sich mit dem Angebot der „Deep Links“ darüber hinaus nicht wettbewerbswidrig, so der BGH, auch wenn den Webseiten – Anbietern hierdurch Einnahmen für Werbung auf den Startseiten entgingen. Anbieter von Webseiten können nicht verlangen, dass die Möglichkeiten der Hyperlinktechnik ungenutzt blieben, um den Nutzer so grundsätzlich über ihre Startseiten zu führen. Das Urteil erging im Rahmen einer Unterlassungsklage einer Verlagsgruppe gegen einen Suchmaschinen-Anbieter (Aktz.: I ZR 259/00).

Bundesgerichtshof vom 10.04.2003: Wettbewerbsverbot ohne Karenzgeld bei freien Mitarbeitern (Softwareentwickler) nicht gültig

Mit seinem Urteil führt der BGH aus, dass Klauseln, nach denen einem ausscheidenden Mitarbeiter das Arbeiten für ein Konkurrenzunternehmen ohne Zahlung einer Geldentschädigung verboten wird, nicht nur für Arbeitnehmer nichtig sind. Vielmehr gelte dies auch für selbständige EDV-Experten, wenn diese finanziell von einem einzigen Auftraggeber abhängig sind. Im vorliegenden Fall hatte ein EDV-Fachmann als Subunternehmer ausschließlich für ein Unternehmen gearbeitet. Bei Vertragsbeendigung war ein nachträgliches Wettbewerbsverbot mit einer Vertragsstrafe in Höhe von 30.000 DM vorgesehen. Eine Geldentschädigung für die Sperre sah der Vertrag jedoch nicht vor. Nach Beendigung des Auftrages erhielt der Fachmann direkt von

einem Konkurrenzunternehmen einen Beratervertrag. Der ehemalige Auftraggeber sah hierin einen Verstoß gegen das nachträgliche Wettbewerbsverbot und verlangte die Zahlung der Vertragsstrafe. Zu unrecht, wie der BGH befand (Aktz.: III ZR 196/02).

Oberlandesgericht Düsseldorf vom 26.02.2003: Logfiles und Anscheinsbeweis

Gemäss dem OLG Düsseldorf muss ein Web-Hosting-Anbieter konkret beweisen, dass die Mess- und Auswertungsmethode, auf dessen Grundlage der Datentransfer eines Kunden (Traffic) gemessen und abgerechnet wird, fehlerfrei arbeitet und auch nur der Traffic dem Kunden zugerechnet wird, der tatsächlich dessen zugewiesenen Server betraf. Das Gericht verneint die Anwendung des im Bereich der Sprach-Telephonie (im Festnetzbereich) für die Richtigkeit der Abrechnung üblicherweise geltenden Anscheinsbeweises auf Web-Hosting-Verträge. Daher reiche die Vorlage der Logfiles auf CD, der den Datenverkehr lediglich dokumentiere, nicht aus. Der Web-Hoster hätte vielmehr Tatsachen vortragen müssen, aus denen sich der Schluss auf die ordnungsgemäße Messung und Zuordnung des Datenverkehrs zum Server des Kunden ziehen liesse. (Aktz.: 18 U 192/02).

Landgericht Köln vom 15.04.2003: Wirksamer Ausschluss des Anspruchs auf Herausgabe des Quellcodes

Nach Ansicht des LG Köln kann ein Anspruch auf Herausgabe des Quellcodes auch im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ausgeschlossen werden. Bei Standardsoftware, so das Gericht, sei die Überlassung des Quell-Codes nicht erforderlich, da diese Programme ohne weit reichende Änderungen eingesetzt werden sollen. Die Mitlieferung des Quellcodes sei in diesen Fällen nicht verkehrs- und handelsüblich und gehöre nicht zum Leistungsumfang. Auch bei Individual-Software ergibt sich nach Auffassung des Gerichts im Ergebnis nichts anderes: Der Quell-Code einer Individual-Software stelle im Zweifel einen so erheblichen wirtschaftlichen Wert dar, der mit der Bezahlung der Programm-Überlassungsgebühr nicht abgegolten sei. Ob der Quell-Code zu überlassen sei, ist vielmehr im jeweiligen Einzelfall zu beurteilen. Gehört die Überlassung des Quell-Codes einer Individualsoftware nicht zwingend zu den Leistungspflichten des Herstellers, so sei ein Ausschluss durch AGB's möglich und wirksam. Das Interesse des Software-Herstellers am Schutz seines Arbeitsergebnisses und seiner Kenntnisse überwiege das Interesse des Bestellers. Dieser könne im Bedarfsfall einen Wartungsvertrag mit dem Hersteller abschließen und sei dadurch hinreichend geschützt (Aktz.: 85 O 15/03).

Landgericht Düsseldorf vom 26.03.2003: Exit-Pop-Up-Fenster wettbewerbswidrig

Nach Auffassung des LG Düsseldorf sind sog. Pop-Up-Fenster, die sich erst beim Verlassen einer Internetseite öffnen (Exit-Pop-Up-Fenster), sittenwidrig und daher wettbewerbsrechtlich unzulässig. Der Kunde wird durch diese Art von Pop-Ups entgegen seinem Willen unnötig länger auf der Web-Site festgehalten und gezwungen, Angebote gegen seinen Willen zur Kenntnis zu nehmen. Bei dem Versuch, das Pop-Up-Fenster zu schließen, öffnet sich in endloser Folge bei jedem Schließversuch ein neues Fenster, mit neuem Werbeinhalt. Das Gericht verglich diese Art der Werbung daher mit dem Zusenden unerwünschter Werbe-E-Mails und gesteht unmittelbaren Wettbewerbern einen Unterlassungsanspruch gegen diese Art der Werbung zu (Aktz.: 2a O 186/02).

Bundesarbeitsgericht vom 27.11.2003: Kein Widerruf eines arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrages nach § 312 BGB

Das BAG hat in diesem Urteil entschieden, dass das bei Verbraucherverträgen und Haustürgeschäften mögliche Widerrufsrecht auf arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge grundsätzlich nicht anwendbar sei.

Die Klägerin, die im Personalbüro ihres Arbeitgebers einen Aufhebungsvertrag geschlossen hatte und sich später davon lossagen wollte, machte geltend, dass sie sich bei Unterzeichnung des Vertrages in einer für Haustürgeschäfte typischen „Überrumpelsituation“ befunden habe.

Das BAG folgte dieser Auffassung – wie schon die Vorinstanzen – nicht. Es hat ausgeführt, dass die für ein Haustürgeschäft typische Überraschungs- und Überrumpelsituation bei Verhandlungen im Personalbüro, die zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages führen, nicht vorliege. Das Personalbüro des Arbeitgebers sei vielmehr ein Ort, an dem arbeitsrechtliche Fragen vertraglich geregelt würden. Die Nichtanwendbarkeit des § 312 BGB auf arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge ergebe sich im übrigen schon aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift, deren Sinn und Zweck sowie der gesetzlichen Systematik. Die zu begrüßende Entscheidung sorgt für Rechtssicherheit auf dem praktisch wichtigen Gebiet der einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Aktz.: 2 AZR 177/03).

technology law

Falls Sie Fragen oder Anregungen haben, freuen wir uns über E-mails an [<marketing.department@haledorr.com>](mailto:marketing.department@haledorr.com) oder wenden Sie sich direkt an Dr. Florian von Baum unter **+49 89 24 213 0**.

Dieser Newsletter dient ausschließlich allgemeinen Informationszwecken und ersetzt keine Rechtsberatung. Hale and Dorr ist nicht verantwortlich für Schäden aufgrund der Beachtung oder Zugrundelegung der hierin enthaltenen Informationen. Falls Sie keine weitere Zusendung dieses Newsletters wünschen, senden Sie bitte eine entsprechende E-Mail an marketing.department@haledorr.com

Hale and Dorr ist eine Sozietät von Rechtsanwälten und im Ausland zugelassenen Anwälten. Eine Liste der Partner ist im Münchner Büro erhältlich.

Die bei deutschen Landgerichten zugelassenen Partner sind RA Dr. Hubert Besner, RA Dr. Christian Breuer, RA Rainer Kreifels, RA Peter W. Kremer.

© 2003 Hale and Dorr LLP

www.InternetAlerts.net

Enroll here to receive Hale and Dorr's brief and useful email alerts on a wide range of topics of interest to businesses and technology companies.



- **Boston**
+1 617 526 6000
- **London**
+44 20 7645 2400
- **Munich**
+49 89 24 213 0
- **New York**
+1 212 937 7200
- **Oxford**
+44 1235 823 000
- **Princeton**
+1 609 750 7600
- **Reston**
+1 703 654 7000
- **Waltham**
+1 781 966 2000
- **Washington**
+1 202 942 8400