

Unternehmenskauf - Kaufpreisgestaltung

Ulrich Herfurth, Rechtsanwalt in Hannover und Brüssel

No. 243 - Januar 2007

Die Regelungen zum Kaufpreis sind eines der zentralen Elemente des Unternehmenskaufvertrages. Dabei muss der Kaufpreis im Vertrag bestimmt sein oder nach den Regeln des Vertrages bestimmbar sein. Ist dies nicht der Fall, laufen die Vertragsbeteiligten Gefahr, über einen wesentlichen Vertragsbestandteil, nämlich die Gegenleistung für den Kaufgegenstand, nicht einig zu sein. Im Falle eines solchen Dissens ist der Vertrag im Zweifel nicht zustande gekommen. Stellt sich dieser Einigungsmangel erst nach Wochen oder Monaten bei der endgültigen Berechnung des Kaufpreises heraus, müsste ein schon übertragenes Unternehmen zurück übertragen werden. Da dieses aber erhebliche Schwierigkeiten aufwirft, ist eine derartige Rechtsfolge möglichst zu vermeiden.

Zusammensetzung

Normalerweise werden daher die Parteien in den Verhandlungen zum Abschluss des Kaufvertrages Einigkeit über den Kaufpreis erzielt haben. Der Kaufpreis sollte daher zunächst in einem Betrag beziffert werden, ggf. auch als vorläufiger Kaufpreis; die Verwendung einer Berechnungsmethode anstelle eines bezifferten Betrages kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht.

Die Aufgliederung eines bezifferten Kaufpreises in verschiedene Einzelpositionen ist rechtlich nicht erforderlich, kann aber unter verschiedenen Gesichtspunkten sinnvoll sein. Beim Asset Deal ergibt sich der Kaufpreis aus der Summe der verkauften Einzelwirtschaftsgüter, der darauf zuzurechnenden stillen Reserven, dem Preis für bislang nicht aktivierte Wirtschaftsgüter wie selbst geschaffene immaterielle Wirtschaftsgüter (Know How, Entwicklungen, Patente, Marken usw.). Hinzu kommt der Firmenwert, der

den Mehrwert des Unternehmens in seiner Gesamtheit im Vergleich zur Summe seiner Teile widerspiegelt. Die Aufgliederung des Kaufpreises kann für den Fall hilfreich sein, in dem einzelne Wirtschaftsgüter fehlen oder mangelhaft sind. Sie kann aber auch dem Nachweis von Bilanzansätzen beim Käufer in der Erörterung mit der Finanzverwaltung über abschreibungsfähige Wirtschaftsgüter dienen. Dies ist immer dann von Bedeutung, wenn die Abschreibungsperioden für bestimmte Arten von Wirtschaftsgütern unterschiedlich ausfallen (z. B. Maschinen, Marken, Firmenwert) und der Käufer entweder besonders hohe Abschreibungen in den ersten Jahren steuerlich geltend machen will oder eine Belastung des Jahresergebnisses durch derartige erhöhte Abschreibungen vermeiden will.

In bestimmten Branchen ist die Übernahme des Warenbestandes besonders sensibel und schlägt sich dementsprechend in der Preisfindung nieder. Hierzu bestehen verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten, etwa indem beim Asset Deal nur ein bestimmter Teil der Vorräte und Waren gekauft und damit Vertragsgegenstand wird. Unter Umständen wird auch ein gesonderter Vertrag über den Warenbestand abgeschlossen. Werden jedoch die Bestände insgesamt übernommen, wie dies beim Share Deal im Ergebnis und beim Asset Deal in den meisten Fällen geschieht, finden sich Sicherungsvorschriften im Rahmen der Gewährleistung oder bei der Kaufpreisgestaltung. Dabei fixiert der Käufer, dass die Bestände nicht überhöht sind. Regelungen zur Überalterung, Qualität und Verwertbarkeit gehören dagegen eher in den Katalog von Garantien oder Gewährleistungen. Bei der Ermittlung des Kaufpreises für die Bestände gehen die Parteien entweder von einer objektiven Methode aus oder sie legen die bisherigen Preise und den Verarbeitungsaufwand zugrunde. Bei der Übernahme

von Vorräten und Handelswaren ist daher festzuhalten, nach welcher Methode schwankende Preise für gleichartige Güter ausgewählt werden. Z. B. führt die Fifo-Methode (First in, first out) dazu, dass die noch vorhandene Menge nach den jüngsten Einkaufspreisen bewertet wird, die Lifo-Methode (Last in, first out) nach den älteren Einkaufspreisen. Halbfertigprodukte werden gerne nach der Formel Wareneinsatz plus zuzuordnenden Personaleinsatz, ggf. auch anteilige Gemeinkosten berechnet. Hier empfiehlt sich ein pauschaler Aufschlag auf den Einkaufspreis. Fertigprodukte können in gleicher Weise mit einem zusätzlichen Aufschlag berechnet werden, aber auch mit dem Verkaufspreis abzüglich eines Prozentsatzes für noch nicht erfolgte Vermarktung und eventuelle Vermarktungsrisiken.

Nachbewertung

In Fällen, in denen der Kaufpreis aufgrund bestimmter Annahmen ermittelt wurde, muss der Vertrag eine Neufestsetzung zulassen, falls die Annahmen sich nicht als zutreffend erweisen.

Dabei handelt es sich im Rahmen der Kaufpreisberechnung typischerweise um Grundlagen, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht feststehen, häufig das endgültige Ergebnis der laufenden Periode. Für Grundlagen, die aus der Vergangenheit stammen, bietet sich daher eher eine Absicherung durch Garantien und Gewährleistungen an. Die Neufestsetzung des Kaufpreises kann im Wege der Kaufpreiserhöhung oder der Kaufpreisherabsetzung erfolgen, wobei der Begriff der Kaufpreisminderung besser dem Bereich der Mängelgewährleistung vorbehalten bleiben sollte. Die Konstellation zwischen Verkäufer und Käufer kann aber auch so liegen, dass der Verkäufer an der mittelfristigen Ertragsentwicklung des verkauften Unternehmens beteiligt werden soll und häufig erst auf diese Weise einen überdurchschnittlichen Kaufpreis erreicht (earn out). Jede Art der Nachbewertung des Unternehmens, also der Neufestsetzung des Kaufpreises, erfordert als erstes eine präzise Berechnungsmethode. Schlägt sich die Bewertung in einem gemeinsam gefundenen Faktor oder Multiplikator nieder, können sich Unsicherheiten eher aus der richtigen Bemessungsgrundlage ergeben. Die Beteiligten müssen sich daher darüber einig werden, welche Kennzahl sie zugrunde legen, ob das Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit, den Jahresüberschuss oder Jahresfehlbetrag, EBT, EBIT, EBITDA oder andere Größen. Bei deren Findung kommt es wiederum darauf an, welche Bilanzierungsgrundsätze angewendet und fortgeführt werden, da sich über die Wahl von Abschreibungssätzen, Vorsichtsregeln bei der Bewertung und bei der

Bildung von Rückstellungen durchaus Gestaltungsspielräume für das Ergebnis finden lassen. Auch die Frage, ob bestimmte Geschäfte zu den ordentlichen oder außerordentlichen zählen oder ob bestimmte Aufwendungen im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs als vermeidbar ausgeklammert werden sollen, sollten die Parteien regeln. Ist die Methode geklärt, empfiehlt sich das einzuhaltende Verfahren für die Aufstellung und die Prüfung der zugrunde zu legenden Rechnungswerke, in der Regel der Jahresabschlüsse, zu fixieren. Unter Umständen will sich der Verkäufer nicht auf die Ergebnisse der Prüfer des Käufers verlassen. In jedem Fall sollte ein Schlichtungs- oder Schiedsgutachterverfahren die Bewertungsfrage abschließend regeln können, um die Unsicherheiten der Entscheidung und die Verfahrensdauer an ordentlichen Gerichten zu vermeiden.

Umsatzsteuer

Ob auf den bezifferten oder zu ermittelnden Kaufpreis Mehrwertsteuer entfällt, ist eine Frage des Einzelfalles. Der Verkauf von Geschäftsanteilen ist nicht umsatzsteuerpflichtig. Der Verkauf von Einzelwirtschaftsgütern ist hingegen jedoch grundsätzlich umsatzsteuerpflichtig; eine Ausnahme besteht aber für den Fall der Betriebveräußerung im Ganzen. Ob tatsächlich dafür alle Voraussetzungen vorliegen, muss im Einzelfall geprüft werden. Es empfiehlt sich daher zur Vermeidung von Unklarheiten, im Kaufvertrag zu regeln, ob für den Fall einer Umsatzbesteuerung die Umsatzsteuer in dem bezeichneten Betrag enthalten ist oder diesem hinzugesetzt werden soll.

Fälligkeit

In einfach gelagerten Fällen wird der vorgesehene Zahlungstermin sich als Kalenderdatum oder als Frist nach Abschluss und Eintritt der Wirksamkeit des Kaufvertrages bestimmen lassen. Lässt der Verkäufer Ratenzahlungen zu, ist eine Auflistung der einzelnen Raten nach Fälligkeitstermin und Höhe besser kontrollierbar als eine nur wörtliche Beschreibung, insbesondere wenn die Beträge variieren oder von bestimmten Voraussetzungen abhängen. Eine weitere Zerlegung der Fälligkeitstermine kann erforderlich sein, wenn der Kaufpreis auf verschiedene Bestandteile entfällt, etwa den Betrieb im Allgemeinen und daneben den Warenbestand. Gesonderte Fälligkeitstermine sind auch zu vereinbaren für Kaufpreisnachzahlungen aufgrund einer nachträglichen Kaufpreiserhöhung, dann mit einer Frist nach einem eindeutig bestimmten Feststel-

lungstermin. Das gleiche gilt für die Rückzahlung eines Teils des Kaufpreises im Falle einer nachträglichen Kaufpreisherabsetzung.

Sofern der Verkäufer im Kaufvertrag eine bestimmte Zahlungsmodalität bestimmt, insbesondere ein bestimmtes Bankkonto oder ggf. einen bestimmten Empfänger, muss der Käufer sich an diese Angaben halten; anderenfalls kann seine Zahlung als verspätet oder nicht geleistet betrachtet werden. Der Verkäufer wiederum sollte sich das Recht vorbehalten, die Zahlungsadresse einseitig ändern zu können. In jedem Fall sollte der Vertrag klarstellen, welche Seite eventuelle Bankgebühren trägt, insbesondere bei Überweisungen aus dem Ausland.

Verzug

Welchen Zinssatz der Verkäufer für den Fall des Verzuges bei der Kaufpreiszahlung berechnen darf, ist Verhandlungssache. Die bis zur Aufgabe des Diskontsatzes der Deutschen Bundesbank geltende Formel von 3 bis 5 % über dem Diskontsatz wird inzwischen ersetzt durch Formeln, die sich auf den Basiszinssatz nach Diskontüberleitungsgesetz beziehen. Verbreitet ist auch eine Bezugnahme auf Libor oder Fibor; bei dieser Wahl sollte allerdings nicht jeder einzelne Handelstag zugrunde gelegt werden, sondern lediglich bestimmte monatliche Stichtage, um den Berechnungsaufwand einzugrenzen. Ob der Verkäufer einen darüber hinausgehenden Verzugschaden geltend machen darf, ist ebenfalls Sache der Verhandlungen und Vereinbarungen.

Währung

Währungsklauseln sind in Unternehmenskaufverträgen eher selten, weil die Verträge zeitnah nach dem Abschluss durchgeführt werden. Bei Ratenzahlungen, späteren Neufestsetzungen des Kaufpreises oder für den Fall verspäteter Zahlungen können Währungsklauseln gleichwohl sinnvoll sein.

Die Einführung des Euro anstelle der geltenden Währung hat die Verträge innerhalb des Territoriums der Euro-Teilnahmestaaten ("Euroland"), der EU und des EWR unberührt gelassen; auch im Verhältnis zu Drittstaaten war die Umstellung auf den Euro nicht als Vertragsänderung behandelt worden, die zum Rücktritt ermächtigt.

Im Verhältnis zu anderen Währungen, insbesondere zum US-Dollar oder dem britischen Pfund, können dagegen Währungsklauseln geboten sein. Ob und in welchem Umfang die Vertragsparteien die Risiken unter sich verteilen

oder durch geeignete Währungssicherungsinstrumente absichern, ist eine Frage des Einzelfalls und der Verhandlungen. Sieht man die eigenen Aktien des Erwerbers ebenfalls als Akquisitionswährung an, sollte der Vertrag klar regeln, ob der Verkäufer eine bestimmte Zahl an Aktien liefern muss oder für einen bestimmten Betrag ein Aktiendepot. Der Verkäufer wird sich dagegen absichern wollen, bei massiven Kursverlusten der Aktien des Käufers nur einen Bruchteil des ursprünglich vorgestellten Kaufpreises zu erhalten; allerdings sind Zukunftsgarantien für Aktienkurse in der Zeit nach der Übertragung der Aktien auch in diesem Fall unüblich, und das entsprechende Kursrisiko ist dann vom Käufer zu tragen.

Kaufpreissicherung

Vor der Übertragung des Unternehmens sichert sich der Verkäufer zu Recht zur Zahlbarkeit des vollen Kaufpreises ab. Unter Umständen verlangt er aber auch bereits bei Abschluss des Vertrages oder innerhalb einer kurzen Frist eine teilweise Zahlungsgarantie. Ist der Erwerber Konzernunternehmen und steht die Bonität des Konzerns außer Zweifel, wird der Verkäufer eine Zahlungssicherung durch die Muttergesellschaft zulassen. Häufig wird der Begriff „Patronatserklärung“ für das Entstehen der Muttergesellschaft zugunsten der Tochtergesellschaft gewählt; zu unterscheiden ist dabei die weiche Patronatserklärung, die sich auf ein Einwirken der Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft zur Zahlung des Kaufpreises beschränkt. Die harte Patronatserklärung begründet hingegen eine eigene rechtliche Verpflichtung der Muttergesellschaft, für die Zahlung einzustehen. Es kann sich dabei um einen Schuldbeitritt handeln, eine Zahlungsgarantie oder eine Bürgschaft. Bei der letzteren empfiehlt sich für den Verkäufer eine selbstschuldnerische Bürgschaft auf erstes Anfordern. Auf diese Weise ist er nicht darauf verwiesen, zunächst alle rechtlichen Mittel gegen den Hauptschuldner auszuschöpfen und dessen mangelnde Zahlungsfähigkeit vor Inanspruchnahme der Bürgschaft nachzuweisen.

Kommt die Muttergesellschaft des Erwerbers nicht als Garantiegeber in Frage, wird der Verkäufer eine Bankbürgschaft verlangen. Wenn dem Käufer die Wahl des Kreditinstituts freigestellt ist, muss unter Umständen eine Größenordnung des Instituts vorgegeben werden. Bei ausländischen Garantiegebern hängt deren Zulässigkeit von den nationalen Voraussetzungen ab.

Herausgegeben im Januar 2007.

Der Beitrag ist in gekürzter Fassung entnommen aus dem CASTON REPORT Unternehmenskauf, Juni 2004 (2. Aufl.)

HERFURTH & PARTNER
RECHT INTERNATIONAL.

Mittelständische und größere Unternehmen stehen im Zentrum der Arbeit von Herfurth & Partner.

Die Kanzlei sieht es als ihre Aufgabe, Unternehmen im Inland und im Ausland zu unterstützen: in der Unternehmensstruktur, bei der Finanzierung, in Fragen von Betrieb und Haftung, Marketing und Werbung, Personal, Steuern und Vermögen.

Dabei bildet das internationale Geschäft einen besonderen Schwerpunkt.

Das Büro in Hannover umfasst deutsche und ausländische Juristen; sie verfügen über Erfahrungen aus Unternehmen und wirtschaftsrechtlichen Kanzleien in Europa, den USA und Asien. Internationale Vorhaben können daher schnell und effizient betrieben werden. Darüber hinaus stehen mit der ALLIURIS GROUP europaweit knapp 200 Wirtschaftsanwälte in 17 Ländern zur Verfügung (www.alliuris.org)

In den wichtigen Märkten der Welt arbeitet Herfurth & Partner - häufig bereits seit vielen Jahren - mit bewährten Partnern zusammen, vor allem in Nordamerika und Südamerika, in Nahost, in Asien und im Pazifik-Raum.

Die Kanzlei ist seit 1988 Herausgeber der CASTON Informationsdienste zu Recht & Wirtschaft International; sie dienen der rechtzeitigen Orientierung der Unternehmen über aktuelle Entwicklungen. CASTON gibt die Dienste im Internet heraus, aber auch in Zusammenarbeit mit Banken, Kammern, Verbänden und staatlichen Einrichtungen (www.caston.info).

Mit dem EuroCash System zum internationalen Forderungsmanagement, insbesondere Clearing und Inkasso, unterstützt Herfurth & Partner die Aktivitäten der Unternehmen in Europa und weltweit (www.eurocash.de).

Herfurth & Partner wurde 1988 gegründet und ist seit 1990 als Gesellschaft bürgerlichen Rechts organisiert.

Weitere Informationen über die Kanzlei und ihre Arbeit sind im Internet bereitgestellt (www.herfurth.de).

+++

caston.info

Mehrere tausend Beiträge zu Recht & Wirtschaft International finden Sie kostenfrei im Internet bei caston.info. Dort können Sie nach Schlagwort und Sachgebieten recherchieren.

Unsere Titelliste erhalten Sie auch per Fax.

HERAUSGEBER

HERFURTH & PARTNER,
 Rechtsanwälte GBR - German & International Lawyers
 Luisenstr. 5, D-30159 Hannover
 Fon 0511-30756-0 Fax 0511-30756-10
 Mail info@herfurth.de, Web www.herfurth.de
 Hannover · Göttingen · Brüssel · München
 Member of the ALLIURIS GROUP, Brussels

REDAKTION / HANNOVER

Redaktion: Ulrich Herfurth, Rechtsanwalt, zugelassen in Hannover und Brüssel (verantw.), Sibyll Hollunder-Reese, M.B.L., Rechtsanwältin (D); Philipp Neddermeyer, Rechtsanwalt (D),

unter Mitarbeit von Kenneth S. Kilimnik, LL.M., M.IUR., Attorney at Law (USA); Angelika Herfurth, Rechtsanwältin (D); Jens-Uwe Heuer, Rechtsanwalt (D); Dr. jur. Konstadinos Massuras, Rechtsanwalt (D) und Dikigoros (GR); Thomas Gabriel, Rechtsanwalt (D); Carlota Simó del Cerro, LL.M., Abogada (ES); JUDr. Yvona Rámpáková, Juristin (CR); Egbert Diitmar, Rechtsanwalt (D); Metin Demirkaya, Rechtsanwalt (D); Dr. Jona Aravind Dohrmann, Rechtsanwalt (D); Marc-André Delp, M.L.E., Rechtsanwalt (D); Anja Nickel, Rechtsanwältin (D); Tatiana Getman, Rechtsanwältin (D); Reinald Koch, Rechtsanwalt (D); Monika Sekara, Rechtsanwältin (D); Kornelia Winnicka, Rechtsanwältin (D); Dr. jur. Wolf Christian Böttcher, Rechtsanwalt (D); Rosa Velarde, Abogada (PER); Adeline Maler Berger, Advocate and Solicitor (GB/ SG), Peh-Wen Lin, Rechtsanwältin (D).

KORRESPONDENTEN / AUSLAND

u.a. Amsterdam, Athen, Barcelona, Brüssel, Budapest, Bukarest, Helsinki, Kiew, Kopenhagen, Lissabon, London, Luxemburg, Mailand, Madrid, Oslo, Paris, Prag, Stockholm, Warschau, Wien, Zürich, New York, Moskau, Peking, Tokio, Bombay, Bangkok, Singapur, Sydney.

VERLAG

CASTON GmbH, Law & Business Information
 Luisenstr. 5, D-30159 Hannover,
 Fon 0511 - 30756-50, Fax 0511 - 30756-60
 Mail info@caston.info; Web www.caston.info

Alle Angaben erfolgen nach bestem Wissen; die Haftung ist auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Wiedergabe, auch auszugsweise, nur mit Genehmigung der Herausgeber.