

NIEDERER KRAFT & FREY

Niederer Kraft & Frey Ltd
Bahnhofstrasse 13 · CH-8001 Zurich
Telephone +41 58 800 8000 · Telefax +41 58 800 8080
nkf@nkf.ch · www.nkf.ch



Kaufpreisanpassung oder Gewährleistung?

15. Zürcher Konferenz zum Thema Mergers & Acquisitions vom 4. September 2012
Lake Side Casino Zürichhorn

Peter Honegger / Thomas Graf

NKF

Begriffliches und Zeitachse



Fester Kaufpreis

Kaufpreisanpassung

Variabler Kaufpreis

Signing

Closing

Gewährleistungen & Garantien

Mängel / Ursachen



Auftauchen des Eisbergs

Unterschiede / Überschneidungen?

Preisanpassung

Geld fließt an (Ver)Käufer

„Sache der Revisoren, CFOs“

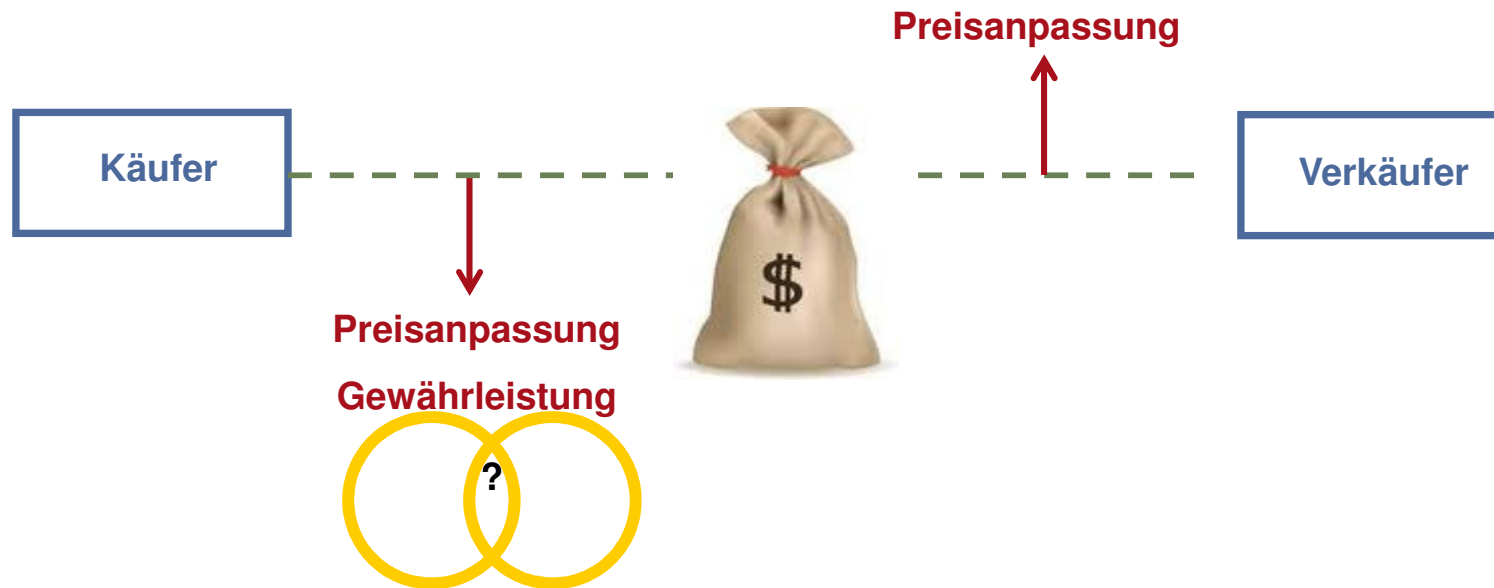
Schiedsgutachter entscheidet

Gewährleistung

Geld fließt an Käufer (zurück)

„Sache der Anwälte“

(Schieds)Gericht entscheidet



Vorteile Preisanpassung (Sicht Käufer)

Keine Haftungsbeschränkungen wie:

- ⇒ Mängelrügefrist
- ⇒ Schwellenbeträge (Thresholds, Baskets)
- ⇒ Maximalbeträge (Caps, Ceilings)
- ⇒ Enthftung aufgrund der Due Diligence
- ⇒ Rückstellung
- ⇒ andere Ausschlüsse wie Versicherungsdeckung
- ⇒ Schadensminderungspflicht

Möglichkeit der doppelten Schadloshaltung

Präzedenzfälle und Literatur

Schweiz: Fehlende Präzedenzfälle, wenig Literatur

Tschäni/Wolf (2007); Frey/Müller (2010)
Morscher (2007); Watter/Gstoehl (2004)

USA: Präzedenzfälle, wenig Literatur

Leading Cases: Westmoreland (2003), Brim (2008)

ABA Model Stock Purchase Agreement (2010)

ABA 2011 Private Target M&A Deal Point Study

<http://apps.americanbar.org/dch/committee.cfm?com=CL560003>

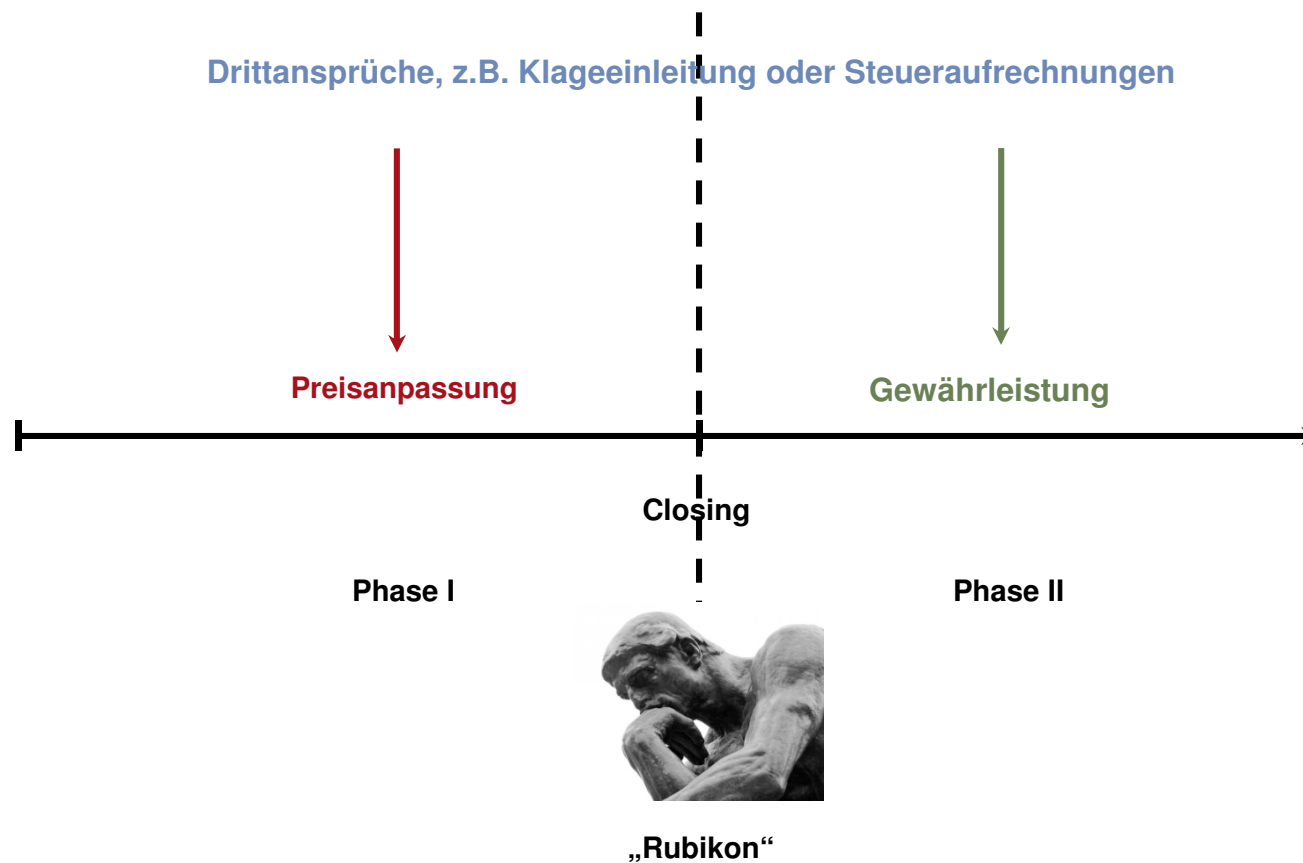
ABA 2010 European Private Target M&A Deal Point Study

<http://apps.americanbar.org/dch/committee.cfm?com=CL560003>

Freeland/Burnett (2009); Walton/Kreb (2005)

Messengill/Douglas/Crimmins (2012)

Closing: „Rubikon-Regel“



„Nach dem Closing kann sich der Erwerber nur noch im Rahmen der Gewährleistung an den Veräußerer halten“

1. Ausnahme: Mängel des Referenzabschlusses

Preisanpassung als „Delta-Kalkulation“

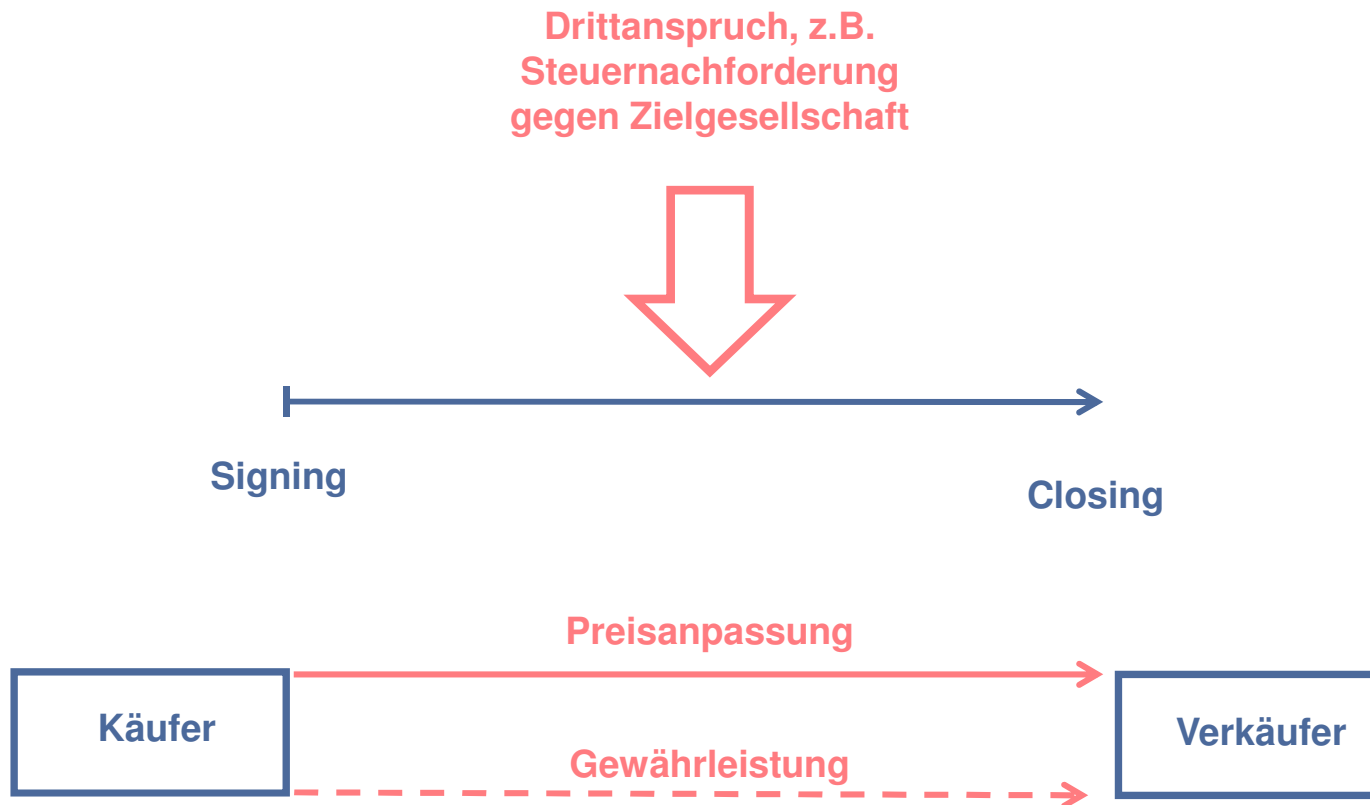
- ⇒ Wertveränderung bis zum Closing ...
- ⇒ ... seit letztem (Zwischen)Abschluss
- ⇒ keine Neubewertung aller Aktiven/Passiven



Westmoreland Coal Co. v. Entech, Inc., 100 N.Y.2nd 352, at 358-360 (N.Y. 2003)

- ⇒ Klägerin verlangte Preisreduktion von 22%
- ⇒ Interim Financial Statements ≠ GAAP
- ⇒ Nur Gewährleistungsanspruch zulässig

2. Ausnahme: Drittansprüche zwischen Signing und Closing



3. Ausnahme?

Drittansprüche während Preisanpassung

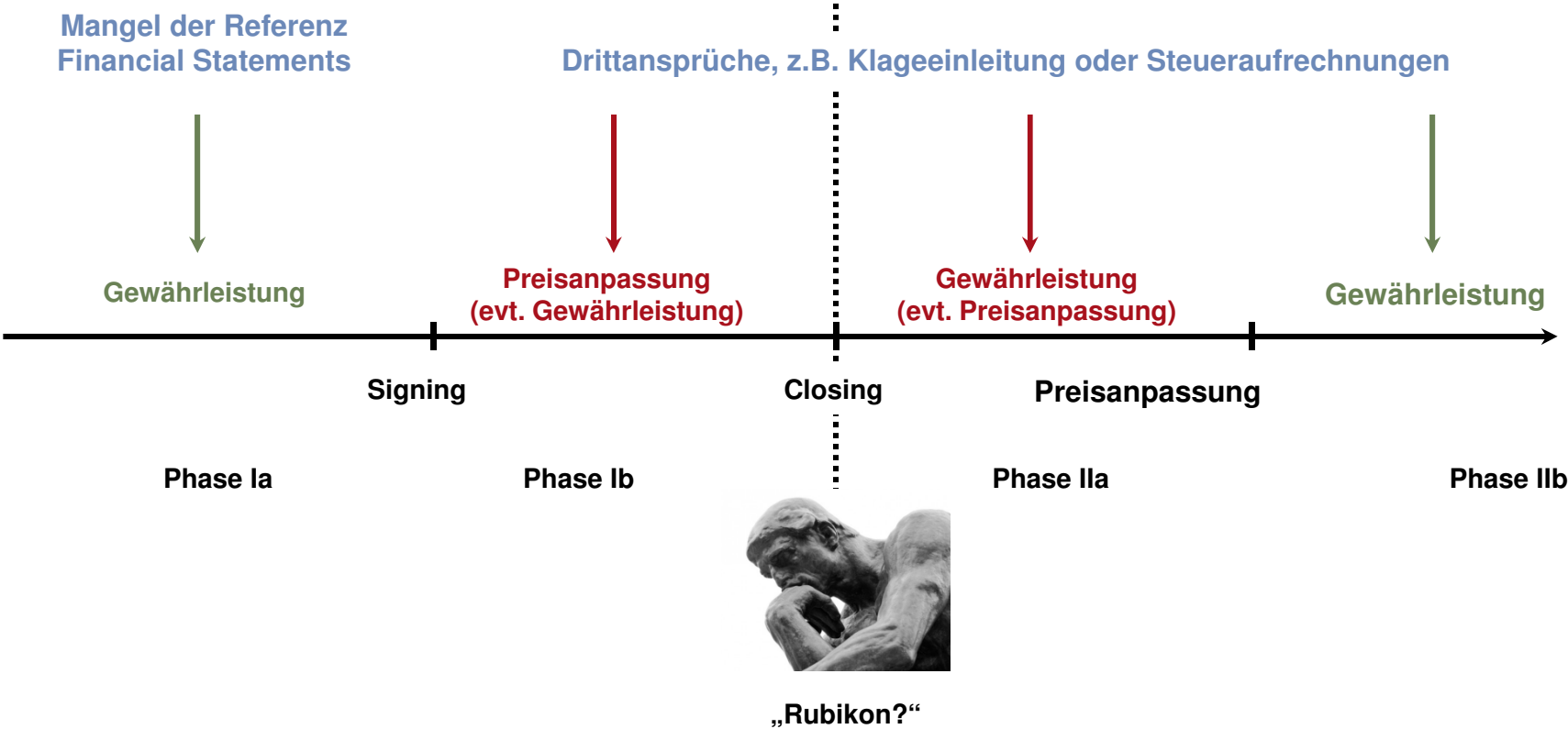
Beispiel Steuernachforderung, Sicht Revisor:

- ⇒ Rückstellung für Steuernachforderung?
- ⇒ „More likely than not?“
- ⇒ Falls ja: Ausnahme

Gegenargumente, Sicht Jurist:

- ⇒ Drittanspruch erfolgt nach Closing, nach Delta
- ⇒ unerwarteter Steuergutschrift, Prozesserfolg?
- ⇒ keine Ausnahme

Rubikon-Regel und Ausnahmen (Summary)



Steuerliche Aspekte - Massgeblichkeitsprinzip

- ⇒ Handelsbilanz als Grundlage für die Gewinnsteuer
- ⇒ Zeitpunkt und Umfang der Verbuchung des Kaufpreises
- ⇒ Rückstellung für:
 - ⇒ mögliche Kaufpreisanpassung
 - ⇒ drohende Gewährleistungsansprüche
 - ⇒ Bedeutung eines Escrow
- ⇒ Grosse Relevanz für den Beteiligungsabzug und die Nutzung von Verlustvorträgen

Steuerliche Aspekte – Beispiele

Kaufpreisanpassung:

- ⇒ GJ 2012: Signing und Closing: Beteiligungsabzug
- ⇒ GJ 2013: Im Frühjahr 2013 nachträgliche Kaufpreisanpassung per Closing

Gewährleistung:

- ⇒ GJ 2012: Signing und Closing: Beteiligungsabzug
- ⇒ GJ 2015: Gewährleistungsansprüche müssen befriedigt werden (bis anhin nicht zurückgestellt)
- ⇒ Variante: GJ 2015: Auflösung von nicht benötigten Rückstellungen für Gewährleistungsansprüche

Vertragsgestaltung

Musterkalkulation Preisanpassung

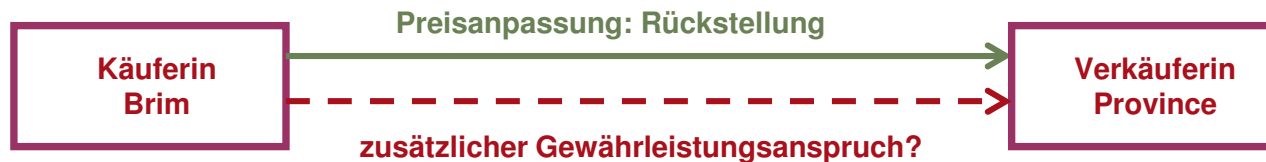
- ⇒ Anhang
- ⇒ Delta Kalkulation
- ⇒ mit CFO und Revisoren abstimmen

Wichtige Punkte aus Verkäufersicht

- ⇒ Ausschluss Double Dip
- ⇒ Rasche Preisanpassung
- ⇒ Verbuchung Verkaufserlös bzw. Beteiligungsabzug

Folgen unsorgfältiger Vertragsgestaltung

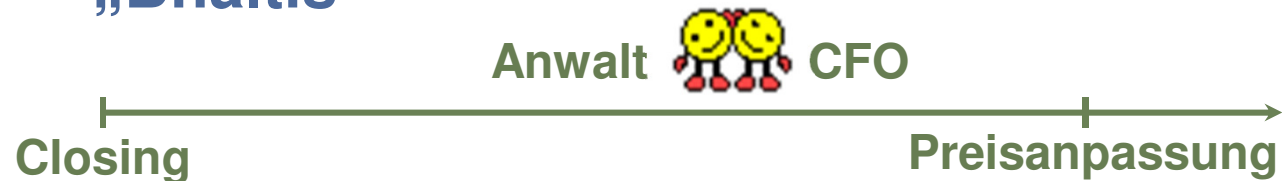
Brim Holding Company Inc. v. Province Healthcare Co., No. 06-1597-I, 2008 Tenn.App.LEXIS 325 (Tenn. Ct. App. 2008)



- ⇒ Preisanpassung Basis Working Capital
- ⇒ Rückstellung USD 500'000 für CHAMA Litigation
- ⇒ Vergleich CHAMA Litigation für USD 500'000
- ⇒ Gewährleistungsanspruch von USD 500'000
- ⇒ Doppelte Schadloshaltung (Double Dip)

„Bhaltis“ und Epilog

„Bhaltis“



Klare Vertragsgestaltung:

- ⇒ Preisanpassung: Delta Kalkulation
- ⇒ Gewährleistung: kein Double Dip

Epilog

Für den Verkäufer gilt, was Livius schon sagte:

„Doppeltes Übel setzt hart zu.“