

## Earn-Out Gestaltungen im Unternehmenskaufvertrag

### 1. Meinungsstand in der Literatur

Nach einer Meinung in der Literatur, seien von der Gesellschaft bestellte Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz auch nach Ablauf der 10-Jahres-Frist nicht verwertbar, da die besicherte Forderung auf Rückgewähr des Darlehens dem Nachrang gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO unterliege.<sup>38</sup> Die Verwertung von Kreditsicherheiten für Gesellschafterdarlehen würde den Zweck der Nachrangigkeit aushebeln. Eine andere Meinung in der Literatur vertritt hingegen den Standpunkt, dass entscheidend für die Verwertbarkeit der Sicherheit allein deren Anfechtbarkeit sei.<sup>39</sup> Sollte die Sicherheit hiernach unanfechtbar geworden sein, stehe dem Gesellschafter im Fall der Insolvenz somit nach Ablauf der 10-Jahres-Frist auch ein Verwertungsrecht zu.<sup>40</sup>

### 2. Würdigung

Bei der Frage der Verwertbarkeit einer durch die Gesellschaft bestellten Sicherheit in der Insolvenz der Gesellschaft geht es vordringlich um das Verhältnis von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO und § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Gegen die Unverwertbarkeit der Sicherheit aufgrund des Nachrangs der Forderung aus dem Gesellschafterdarlehen spricht die Entscheidung des Gesetzgebers, der für die Sicherheitenbestellung in § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO eine Anfechtungsfrist von zehn Jahren vorgesehen hat. Hätte ein Gesellschafter selbst bei einer Sicherheitenbestellung, die mehr als zehn Jahre vor Eröffnung der Insolvenz zurückliegt,

kein Verwertungsrecht, würde die Anfechtbarkeit davon abhängen, ob der Gesellschafter die Sicherheit vor dem Antrag auf Insolvenzeröffnung verwertet oder danach. Ein solches vom Zufall abhängiges Ergebnis kann nicht gewollt sein. Diese Auffassung deckt sich auch mit der Rechtsprechung des BGH, wonach die Befriedigung eines Gesellschafterdarlehens innerhalb eines Jahres vor Antragstellung weder gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO noch gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO angefochten werden kann, wenn der Gesellschafter über eine länger als zehn Jahre vor Antragstellung begründete unanfechtbare Sicherung verfügt.<sup>41</sup> Folglich unterliegt eine besicherte Forderung auf Darlehensrückgewähr nach Ablauf der zehnjährigen Frist des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO nicht mehr dem Nachrang gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, so dass der Gesellschafter auch zur Verwertung der Sicherheit berechtigt ist.

### 3. Praxistipp

Da die Forderung auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens erst ab dem Zeitpunkt der Insolvenz der Gesellschaft dem Nachrang gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO unterliegt und das Spannungsverhältnis zwischen § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO und § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO erst ab dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens besteht, sollte eine Sicherheit nach Ablauf der 10-Jahres-Frist nach Möglichkeit noch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens verwertet werden.

## VI. Zusammenfassung

Bis zur höchstrichterlichen Klärung der dargestellten offenen Fragen, besteht in der Praxis entsprechende Unsicherheit beim Umgang mit Gesellschafterdarlehen insbesondere im Fall einer Insolvenz der Gesellschaft. Da eine Finanzierung der Gesellschaft durch Gesellschafterdarlehen gerade bei mittelständischen Unternehmen weit verbreitet ist, sollte rechtzeitig im Vorfeld einer möglichen Insolvenz eine Befassung mit der Thematik stattfinden, um so eventuelle Risiken durch entsprechende Maßnahmen jedenfalls minimieren zu können.

38 *Altmeppen*, NZG 2013, 441 (443) u. ZIP 2013, 1745 (1751); *Brinkmann* in Uhlenbruck, InsO, 14. Aufl. 2015, § 49 Rz. 12; *Hölzle*, ZIP 2013, 1992 (1995).

39 *Bitter*, ZIP, 2013, 1497 (1503); *Marotze*, DB 2015, 2431 (2434 f.); *Kleindiek* in Krefz, HK-InsO, 7. Aufl. 2014, § 135 Rz. 12; so im Ergebnis auch *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, Anhang nach § 30 Rz. 69.

40 Nach *Bitter*, ZIP 2013, 1497 (1503 ff.) soll darüber hinaus zwischen anfänglicher und nachträglicher Sicherheitenbestellung differenziert werden, wobei auf anfängliche Sicherheiten, die Zug-um-Zug gegen Darlehensgewährung gestellt wurden, das Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO anwendbar bzw. § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO teleologisch zu reduzieren sei und diese mithin nicht anfechtbar seien, da der Gesellschafter in diesem Fall nicht das Insolvenzrisiko der Gesellschaft übernommen habe.

41 BGH v. 18.7.2013 – IX ZR 219/11, GmbHR 2013, 980 m. Komm. *Bormann/Niederauer*, Rz. 14.

Dr. Jochen Ettinger / Markus Schmitz\*

## Earn-Out Gestaltungen im Unternehmenskaufvertrag

### – Zivilrechtliche Gestaltung und ertragsteuerliche Behandlung –

*Earn-Out-Klauseln haben in Unternehmenskaufverträgen eine hohe praktische Bedeutung. Mit ihnen wird ein Teil des Kaufpreises beim Unternehmenskauf variabilisiert und wirtschaftlich an die künftige Performance des verkauften Unternehmens angeknüpft. Mit Hilfe von Earn-*

*Out-Klauseln lassen sich im Rahmen der Verhandlungen einer Unternehmenstransaktion Differenzen bei der Kaufpreisvorstellung auf Verkäufer- und Käuferseite gestalterisch überbrücken. Dieser Beitrag stellt zum einen die wirtschaftliche Funktionsweise und die wesentlichen Parameter gängiger Earn-Out-Klauseln dar. Er gibt sodann ein Überblick über die vertragsgestalterisch zu beachtenden zivilrechtlichen Elemente von Earn-Out-Klauseln. Schließlich wird die ertragsteuerliche Behandlung sowohl aus Verkäufersicht als auch aus Käufersicht dargestellt, und zwar differenziert danach, was Kaufgegenstand ist (Einheiten des Betriebsvermögens einerseits bzw. Kapitalgesellschaftsanteile andererseits).*

\* Dr. Jochen Ettinger ist Rechtsanwalt, Steuerberater, Fachanwalt für Steuerrecht bei der Dissmann Orth Rechtsanwaltsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft in München. Markus Schmitz ist Diplom-Wirtschaftsjurist, Steuerberater und Senior Manager bei der Deloitte GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in München. Die Autoren danken Herrn Dr. Arne Friese und Herrn Dr. Thomas Scheipers für die Durchsicht des Manuskripts.

## Earn-Out Gestaltungen im Unternehmenskaufvertrag

### I. Einleitung

#### 1. Begriff der Earn-Out-Klausel

Eine Earn-Out-Klausel ist eine Regelung in einem Unternehmenskaufvertrag, die einen variablen Kaufpreisbestandteil festlegt, der zu einem bestimmten Zeitpunkt nach der Unternehmens- bzw. Anteilsübertragung fällig wird, und dessen Höhe vom Grad des Eintritts vertraglich definierter Erfolgsparameter abhängig ist.<sup>1</sup> Spezifische „harte“ rechtliche Rahmenbedingungen gibt es für die Gestaltung von Earn-Out-Klauseln nicht; ihre Ausgestaltung im Detail ist viel mehr von der Vertragsfreiheit gedeckt und nur durch allgemeine Regelungen begrenzt (z.B. § 138 BGB – Sittenwidrigkeit). Demgemäß trifft man in der Praxis auch eine Fülle von im Detail unterschiedlichen Regelungen an. Gemeinsam ist ihnen zumeist, dass die Earn-Out-Komponente zusätzlich zu einem festen Kaufpreis (auch Grundkaufpreis oder Basiskaufpreis genannt) hinzutritt.<sup>2</sup> So ist Earn-Out-Gestaltungen – im Gegensatz zu Optionsvereinbarungen – gemein, dass das verkaufte Unternehmen (beim Asset Deal) oder die verkauften Unternehmensanteile (beim Share Deal) grundsätzlich sofort dinglich übertragen werden (bedingt typischerweise nur um die Bezahlung des festen Grundkaufpreises), und der Unternehmenskauf dann nur noch in Bezug auf die schuldrechtliche Komponente des zusätzlichen Earn-Out-Kaufpreisbestandteils künftig zu erfüllen ist. Es handelt sich beim Earn-Out-Kaufpreisbestandteil also um einen dem Grunde und der Höhe nach bedingten Kaufpreisbestandteil.<sup>3</sup> Abzugrenzen ist der Earn-Out-Kaufpreisbestandteil von sog. Vendor-Loans bzw. Verkäuferdarlehen, bei denen einen Kaufpreisbestandteil unbedingt und der Höhe nach bestimmt geschuldet wird, jedoch die Fälligkeit dieses Kaufpreisbestandteils nach Vollzug des Unternehmenskaufvertrags liegt; hier besteht in Bezug auf die Verzinsung, Zahlungsmodalitäten etc. ebenfalls Gestaltungsspielraum, um Verkäufer- und Käuferinteressen auszugleichen.

#### 2. Anwendungsbereich von Earn-Out-Klauseln

Earn-Out-Gestaltungen werden in der Praxis immer dann in die Vertragsverhandlungen eingeführt, wenn es substantielle *Differenzen in den Wertvorstellungen* der Käuferseite und der Verkäuferseite in Bezug auf die Zielgesellschaft (Target) gibt.<sup>4</sup> Dies kann insbesondere bei jungen Unternehmen (Startup Unternehmen) oder Wachstumsunternehmen der Fall sein, bei denen eine ambitionierte Business-Planung seitens der Geschäftsführung sich noch nicht in konkreter zahlenmäßiger Performance niedergeschlagen hat.<sup>5</sup> Ein weiterer klassischer Anwendungsbereich von Earn-Out-Klauseln sind *Unternehmenstransaktionen in Bezug auf Krisenunternehmen*, bei denen die Verkäuferseite in der vorgelegten Business-Planung bereits von einem nahen Turn-Around und entsprechenden positiven Erträgen in naher Zukunft ausgeht, während die Käuferseite dies naturgemäß oft skeptischer beurteilt.<sup>6</sup> Nicht selten wird von der Käuferseite dann eine Earn-Out-Gestaltung in die Vertragsverhandlungen miteingebracht, wenn eine

von der Verkäuferseite vorgelegte Businessplanung sich aus Käufersicht nach Durchführung einer Financial Due Diligence als zu optimistisch oder gar nicht in der Form haltbar darstellt. Aus Käufersicht kann man durch das Vorschlagen einer Earn-Out-Klausel die Verkäuferseite verhandlungstaktisch auf deren Businessplanung „festnageln“, da sich die Verkäuferseite in einer solchen Situation nur schlecht gegen das Argument verteidigen kann, man müsse ja auch finanziell hinter der vorgelegten Planung stehen. Funktional ist eine Earn-Out-Regelung aus Käufersicht daher auch eine *Risikoabsicherung*<sup>7</sup> (Schutz dagegen, zu viel zu zahlen). Schließlich ist zu erwähnen, dass – je nach Höhe des Soll-Werts der variablen Kaufpreiskomponente in Relation zum Grundkaufpreis – ein Earn-Out z.T. auch *Finanzierungsfunktion* (im Sinne einer Verkäuferfinanzierung, insoweit wie ein „Vendor-Loan bzw. Verkäuferdarlehen“) annehmen kann.<sup>8</sup>

### II. Wirtschaftliche Parameter von Earn-Out-Klauseln

#### 1. Festlegung der Erfolgsindikatoren

Wesentlicher Bestandteil jeder Earn-Out-Klausel ist zunächst die Festlegung bestimmter Indikatoren (Erfolgsfaktoren), anhand derer der Erfolgseintritt und damit die Höhe des sich ergebenden variablen Kaufpreisbestandteils gemessen werden soll. Typischerweise wird hier zwischen finanziellen und nicht finanziellen Erfolgsfaktoren unterschieden.<sup>9</sup> Finanzielle Erfolgsfaktoren sind insbesondere Umsatz, Rohertrag, EBIT, EBITDA, Jahresüberschuss, operativer Cash-Flow.<sup>10</sup> Nicht finanzielle Erfolgsfaktoren sind demgegenüber z.B. erfolgreiche Markteinführung eines bestimmten Schlüssel-Produkts, Produktionsstückzahlen, Anzahl neu generierter Kunden, Verbleib bestimmter Schlüsselpersonen im Management der Zielgesellschaft oder Durchlaufen einer bestimmten Zulassungsphase bei einem Arzneimittel.<sup>11</sup>

Die Interessen von Verkäufer- und Käuferseite divergieren allerdings schon bei der Definierung der Erfolgsfaktoren im Detail: Während der Käufer typischerweise einen variablen Kaufpreis nur dafür bezahlen will, dass die Zielgesellschaft tatsächlich wirtschaftlich erfolgreich ist (aus Käufersicht am besten zu messen an finanziellen Indikatoren „am unteren Ende“ der Gewinn- und Verlustrechnung wie z.B. Jahresüberschuss – § 275 Abs. 2 Nr. 17 HGB), wird die Verkäuferseite im Rahmen der Vertragsverhandlungen darauf hinarbeiten, dass eine Anknüpfung an klar feststellbaren (und weniger gestaltungsanfälligen) Kenngrößen wie die Umsatzerlöse (§ 275 Abs. 2 Nr. 1 HGB) erfolgt.<sup>12</sup> In der Praxis finden sich z.T. auch Mischgestaltungen, bei denen in einer bestimmten Gewichtung (z.B. 50 : 50) an verschiedene Kenngrößen wie z.B. Umsatz einerseits und EBITDA andererseits, angeknüpft wird, oder bei denen finanzielle Ziele neben nicht finanziellen

1 Link, BB 2014, 554 ff.; Ihlau/Gödecke, BB 2010, 687 ff.; von Braunschweig, DB 2010, 713 (716).

2 Hilgard, BB 2010, 2912 ff.; Ihlau/Gödecke, BB 2010, 687 ff.

3 Hilgard, BB 2010, 2912 ff.

4 Jaques in Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 2012, Kapitel D Rz. 103.

5 Hilgard, BB 2010, 2912 ff.

6 Ihlau/Gödecke, BB 2010, 687 ff.

7 Jaques in Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 2012, Kapitel D Rz. 103.

8 Vgl. von Braunschweig, DB 2010, 713 (716); Jaques in Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 2012, Kapitel D Rz. 104.

9 Ihlau/Gödecke, BB 2010, 687 (688).

10 Ihlau/Gödecke, BB 2010, 687 (688); Link, BB 2014, 554 ff.; von Braunschweig, DB 2010, 713 (716).

11 Ihlau/Gödecke, BB 2010, 687 (688); von Braunschweig, DB 2010, 713 (716).

12 Ihlau/Gödecke, BB 2010, 687 (688).

## Earn-Out Gestaltungen im Unternehmenskaufvertrag

Zielen stehen (und jedem Ziel ein bestimmter Teilbetrag des gesamten Soll-Werts des variablen Kaufpreises zugeordnet wird).

### 2. „Umrechnung“ der Zielerreichung der Erfolgsindikatoren in Geld (Kaufpreis)

Die zweite wesentliche Frage ist die, inwieweit eine Erreichung der festgelegten Erfolgsfaktoren sich in Euro auf die Höhe des variablen Kaufpreisbestandteils auswirkt. Hier ist von den Vertragsparteien eine Berechnungsformel zu verhandeln und im Unternehmenskaufvertrag niederzulegen. Zum Teil wird dabei eine binäre Formel vereinbart, bei der im Sinne eines „Alles-Oder-Nichts-Prinzips“ der vereinbarte variable Kaufpreisbestandteil nur dann fließt, wenn der oder die Erfolgsfaktoren zu mindestens 100 % erreicht werden.<sup>13</sup> Typischerweise wird jedoch so vorgegangen, dass in Bezug auf die vereinbarten Erfolgsfaktoren jeweils eine Zielgröße (Soll-Wert) festgelegt wird. Der hundertprozentigen Erreichung dieses Soll-Werts wird dann ein bestimmter variabler Kaufpreisbestandteil (ausgedrückt in Euro) zugeordnet, wobei Abweichungen bei der Zielerreichung nur graduell auf die Höhe des variablen Kaufpreises durchschlagen („*Sliding-Scale*“ Formel).<sup>14</sup> Die Frage ist dann, mit welchem Faktor Abweichungen nach unten hin (Zielverfehlungen) den Soll-Wert des variablen Kaufpreises, in Euro ausgedrückt, mindern. Selten wird hier – was aber selbstverständlich rechtlich zulässig wäre – vereinbart, dass 1 € Zielabweichung zu einem Abschlag vom Maximalbetrag des Earn-Out-Kaufpreises von 1 € führt. Meist orientiert sich die anzuwendende Formel statt dessen an der zugrunde liegenden Unternehmensbewertung. Wurde z.B. bei der Unternehmensbewertung mit einem EBIT-Multiplikator von sieben gerechnet, könnte vereinbart werden, dass eine Abweichung des kumulierten und gewichteten Ist-EBITs vom geplanten Soll-EBIT im Betrachtungszeitraum pro volle 1.000 € zu einer Reduktion des vollen Soll-Werts des variablen Kaufpreises von 7.000 € führt.

Die Verkäuferseite wird hier häufig vorbringen, dass eine Abweichung unterhalb eines bestimmten Minimum-Schwellenwerts (z.B. Abweichung von nicht mehr als 5 %) unbeachtlich bleiben sollte, d.h. bei solchen Abweichungen immer noch der volle Soll-Wert des variablen Kaufpreises bezahlt werden muss. Des Weiteren wird man sich darüber einigen müssen, inwieweit der variable Kaufpreis (nach oben oder unten) im Sinne eines „*Caps*“ oder eines „*Floors*“ gedeckelt ist.

### 3. Festlegung des Betrachtungszeitraums

Drittens ist ein wesentlicher Parameter, über welchem Betrachtungszeitraum die festgelegten Erfolgsfaktoren gemessen werden. Aus Verkäufersicht muss dieser Zeitraum überschaubar sein, da mit zunehmendem zeitlichen Abstand zur Übertragung des Unternehmens der eigene Einfluss auf die Performance des Unternehmens schwindet. Unter anderem Blickwinkel gilt dies auch aus Käufersicht, denn während des Betrachtungszeitraums muss das Zielunternehmen – freilich juristisch gesehen abhängig von den hierzu getroffenen Regelungen im Unternehmenskaufvertrag – grundsätzlich als gesonderte Einheit geführt werden, und kann nicht z.B. durch Verschmelzung oder

sonstige Umstrukturierung in das Unternehmen oder die Unternehmensgruppe des Erwerbers integriert werden. Ein zu langer Betrachtungszeitraum beim Earn-Out kann daher zu einem Integrationshemmnis werden.<sup>15</sup> Gesetzliche Regelungen oder eindeutige Marktstandards dafür, wie lange der Betrachtungszeitraum sein muss oder sein sollte, gibt es nicht. Sehr häufig liegt der Betrachtungszeitraum bei ein<sup>16</sup> bis zwei Jahren, die an das Closing anknüpfen, wenn auf den Zeitpunkt des Closings eine Zwischenbilanz oder Jahresbilanz für die Zielgesellschaft aufgestellt wird, die ansonsten aber idealerweise an volle Geschäftsjahre des Zielunternehmens anknüpfen sollten. Betrachtungszeiträume von bis zu drei Jahren sind auch noch akzeptabel und in der Praxis anzutreffen.<sup>17</sup> Betrachtungszeiträume jenseits der drei Jahre finden sich in der Praxis nur selten und sind aus Sicht beider Parteien grundsätzlich zu vermeiden).

Eine Frage im Zusammenhang mit einem mehrjährigen Betrachtungszeitraum ist, inwieweit über den Earn-Out-Betrag bereits periodisch bzw. in Teilbeträgen, d.h. nach Ablauf jedes Jahres des Betrachtungszeitraums, oder erst kumulativ am Ende der Laufzeit abgerechnet werden soll.<sup>18</sup> Des Weiteren ist zu definieren, inwieweit bei einer Zielerreichung über einen Zeitraum von z.B. drei Jahren finanzielle Erfolgsfaktoren als Jahresziele vereinbart werden (und jährlich erreicht werden müssen), oder ob (was in der Praxis häufiger vorkommt), ein kumulierter Wert (nur) über den Betrachtungszeitraum erreicht werden muss (so dass eine Aufholungsmöglichkeit besteht, aber auch Entwicklungen unter den Erwartungen durchschlagen).<sup>19</sup> Auch insoweit finden sich in der Praxis Earn-Out-Klauseln, bei denen beide Elemente kombiniert werden (z.B. Festlegung eines kumulierten Gesamt-Soll-EBITs über den Betrachtungszeitraum, sowie Festlegung eines davon unabhängigen Jahres-EBITs im letzten Jahr des Betrachtungszeitraums, und Verteilung des gesamten variablen Kaufpreisbetrags in Tranchen auf die einzelne Elemente).

## III. Zivilrechtliche Elemente bei der Gestaltung von Earn-Out-Klauseln

### 1. Exakte Vertragsgestaltung

Kernaufgabe guter Earn-Out-Klauseln ist es, die Erfolgsziele so exakt wie möglich zu beschreiben und zu definieren. Ist z.B. einem im Streitfall mit der Auslegung befassten Gericht oder Schiedsgericht der Begriff „Markteinführung“ aus sich heraus hinreichend klar? Oder muss festgelegt werden, in welchen Märkten welche Absatzvolumina erreicht werden sollen oder ob eine Marktanführung nur für Zwecke des Test-Marketings ausreichend ist? Oder soll eine geographische Festlegung von wesentlichen Märkten, in denen eine Markteinführung mindestens erfolgt sein muss, definiert werden?

Sodann ist die Kaufpreisformel für die Berechnung des variablen Kaufpreisbestandteils als exakte Formel im Kaufvertrag zu hinterlegen sowie durch Beispielsrechnungen,<sup>20</sup>

<sup>13</sup> Von Braunschweig, DB 2010, 713 (717).

<sup>14</sup> Von Braunschweig, DB 2010, 713 (717).

<sup>15</sup> Von Braunschweig, DB 2002, 1815 (1817) u. DB 2010, 718 (716); Hilgard, BB 2010, 2912 ff.

<sup>16</sup> Von Braunschweig, DB 2010, 713 (716).

<sup>17</sup> Jaques in Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 2012, Kapitel D Rz. 105.

<sup>18</sup> Ihlaul/Gödecke, BB 2010, 687 (689).

<sup>19</sup> Von Braunschweig, DB 2010, 713 (717).

<sup>20</sup> Hilgard, BB 2010, 2912 ff.

## Earn-Out Gestaltungen im Unternehmenskaufvertrag

die verschiedene Szenarien abdecken und die dem Kaufvertrag als vertragliche Anlage beizufügen sind dargestellt werden.

Selbstverständlich ist im Kaufvertrag auch klar zu definieren, an welche Rechnungslegungsstandards angeknüpft wird (z.B. HGB oder IFRS), und wie Tochter- und Beteiligungsgesellschaften der Zielgesellschaft zu behandeln sind (z.B. nur rechnerische Konsolidierung, oder Verpflichtung zur Erstellung eines echten Konzernabschlusses).

### 2. Manipulationsvermeidung

Das Ziel der Manipulationsvermeidung ist geprägt durch einen Interessensgegensatz zwischen Verkäufer und Käufer: Während der Verkäufer sich dagegen schützen will, durch Gestaltungen des Käufers um seinen Earn-Out gebracht zu werden, will sich der Käufer naturgemäß seine unternehmerische Freiheit in Bezug auf die Zielgesellschaft nicht über Gebühr beschneiden lassen.<sup>21</sup>

Zum Zwecke der Manipulationsvermeidung werden im Unternehmenskaufvertrag häufig bestimmte Normalisierungsregeln in Bezug auf finanzielle Erfolgsfaktoren vereinbart, also Effekte, die aus der vereinbarten Erfolgsgröße (z.B. EBIT) für Zwecke der Earn-Out-Ermittlung herauszurechnen sind.<sup>22</sup> Hierunter fallen zum einen typische Effekte wie künftige Inter-Company-Verträge zwischen der Zielgesellschaft und dem Erwerber, künftige Integrationskosten sowie künftige Overhead-Umlagen durch den Erwerber, sowie zum anderen spezifische Normalisierungen, die ggf. aufgrund von Spezifika der Situation erfolgen sollen.

Sodann wird in der Earn-Out-Klausel aus Verkäufersicht häufig versucht, bewusste Abweichungen vom „ordinary course of business“ (z.B. Vorziehen von Aufwand in den Betrachtungszeitraum) entweder zu verbieten oder von der Zustimmung des Verkäufers abhängig zu machen oder ebenfalls zu normalisieren.<sup>23</sup>

### 3. Streitbeilegungsmechanismen

Typischerweise wird in der Earn-Out-Klausel festgelegt werden, dass eine Vertragspartei (z.B. der Käufer) nach Ablauf des Betrachtungszeitraums innerhalb eines bestimmten Zeitrahmens (z.B. sechs Wochen nach Aufstellung des Jahresabschlusses des letzten Jahres des Betrachtungszeitraums) eine Berechnung des Earn-Out-Betrags aufzustellen und dem Verkäufer vorzulegen hat. Dies kann ergänzt werden um das Erfordernis der Mitwirkung eines Wirtschaftsprüfers, z.B. dass eine „prüferische Durchsicht“ zu erfolgen hat. Zudem ist dann eine klare Fristigkeit für einen etwaigen Widerspruch seitens des Verkäufers gegenüber der Berechnung des Käufers zu regeln (z.B. der Verkäufer kann die vorgelegte Berechnung innerhalb einer Frist von sechs Wochen auf eigene Kosten überprüfen und innerhalb dieser Frist substantiierte Einbindungen vorbringen).

Sodann ist zu regeln, was im Falle einer Nichteinigung passieren soll<sup>24</sup> Häufig erfolgt hier z.B. die Festlegung dass

ein von den Parteien einvernehmlich, hilfsweise ein vom Vorstand des Instituts der Wirtschaftsprüfer zu benennender neutraler Wirtschaftsprüfer als Schiedsgutachter den variablen Kaufpreisbestandteil mit Wirkung für alle Parteien zu bestimmen hat.

Des Weiteren ist zu regeln, dass beide Vertragsparteien Zugang zu den relevanten Informationen haben (also z.B. Recht des Verkäufers, die zugrunde liegenden Jahresabschlüsse in Kopie zu erhalten, oder gar Einsichtsrechte analog § 51a GmbHG in Bezug auf den Betrachtungszeitraum auszuüben, obwohl die Gesellschafterstellung bereits verloren ging<sup>25</sup>).

### 4. Regelung zu Situationen einer Änderung der Geschäftsgrundlage (Umgestaltung der Zielgesellschaft)

Unter diesem Aspekt ist aus Verkäufersicht zu regeln, was bei einer grundlegenden Reorganisation der Zielgesellschaft (z.B. Verschmelzung) passieren soll.<sup>26</sup> Ein Patentrezept gibt es hierbei nicht. Man trifft in der Praxis verschiedene Regelungsansätze an (z.B. sofortiges Fälligwerden des vollen Zielbetrags des Earn-Outs, oder aber Verpflichtung der Parteien, den Earn-Out-Mechanismus im Wege der Vertragsanpassung an die geänderten Umstände anzupassen).

### 5. Sonstige Regelungen

Aus Sicht des Verkäufers stellt sich die Frage, ob der Earn-Out-Kaufpreisbestandteil, der ja wirtschaftlich einer teilweisen Kaufpreisstundung gleichkommt, vom Käufer *abgesichert* oder *verzinst* werden muss. Beides ist aber typischerweise meist nicht verhandelbar.

Wird vom Käufer dagegen bereits eine Vorauszahlung auf den variablen Kaufpreisbestandteil geleistet und kann es somit später bei Abrechnung über den Earn-Out zu einem „negativen Earn-Out“ (= teilweise Kaufpreisrückzahlung) kommen, stellt sich die Frage nach der Absicherung umgekehrt aus Sicht des Käufers. Zu solchen Vorauszahlungen sollte sich der Käufer grundsätzlich nur gegen Stellen einer validen Sicherheit (z.B. Bankbürgschaft) durch die Verkäuferseite bereiterklären.

Sodann muss aus Verkäufersicht bedacht werden, dass ein künftiger Anspruch auf einen Earn-Out vom Käufer mangels anderslautender Vereinbarungen als eine Art faktischer Sicherheitseinbehalt („Escrow“) zur Absicherung und liquiditätsmäßig vorläufigen Durchsetzung von etwaigen Gewährleistungsansprüchen zweckentfremdet werden kann<sup>27</sup> (nämlich durch Aufrechnung behaupteter Gewährleistungsansprüche gegen die Kaufpreisansprüche des Verkäufers aus dem Earn-Out). Ist dies nicht gewollt, muss insoweit ein explizites *Aufrechnungsverbot* vereinbart werden.

21 Von Braunschweig, DB 2010, 713 (717).

22 Von Braunschweig, DB 2010, 713 (717); Jaques in Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 2012, Kapitel D Rz. 106.

23 Von Braunschweig, DB 2010, 713 (717).

24 Jaques in Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 2012, Kapitel D Rz. 107.

25 Hilgard, BB 2010, 2912 (2913); Jaques in Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 2012, Kapitel D Rz. 107.

26 Ihlau/Gödecke, BB 2010, 687 (689).

27 Vgl. Hilgard, BB 2010, 2912 (2916).

## Earn-Out Gestaltungen im Unternehmenskaufvertrag

### IV. Steuerliche Behandlung eines Earn-Outs aus Verkäufersicht

Bei Earn-Out-Gestaltungen wird der Gesamtkaufpreis typischerweise in zwei Bestandteile aufgespalten und setzt sich aus einem festen Grundkaufpreis sowie einem variablen Kaufpreisanteil zusammen. Für den festen Kaufpreisbestandteil sind die allgemeinen Regelungen zur Gewinnrealisation zu beachten, die hier nicht weiter erläutert werden sollen. Aus steuerlicher Sicht ist jedoch gerade der variable Kaufpreisanteil genauer zu beleuchten, da zum Zeitpunkt des rechtlichen bzw. wirtschaftlichen Eigentumsübergangs des Unternehmens, die finale Höhe des variablen Kaufpreisanteils noch nicht feststeht.<sup>28</sup> Es stellt sich dabei insbesondere die Frage, ob

- der variable Kaufpreisanteil rückwirkend für das Jahr der Veräußerung den Veräußerungsgewinn erhöht (d.h. ein rückwirkendes Ereignis i.S.d. § 175 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AO darstellt) oder
- der Mehrbetrag erst in dem Veranlagungszeitraum zu erfassen ist, in dem der variable Kaufpreisanteil gezahlt wird.

Steuersystematisch erscheint es sachgerecht, eine nachträgliche Kaufpreisanpassung regelmäßig grundsätzlich rückwirkend auf den Übertragungstichtag zu berücksichtigen.<sup>29</sup>

#### 1. Veräußerung von Einheiten des Betriebsvermögens (Betriebe, Teilbetriebe, Mitunternehmeranteile)

Wird ein Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil durch einen Vertrag mit einer Earn-Out-Klausel veräußert, so ist zu unterscheiden, ob es sich um

- a) einen Earn-Out im klassischen Sinne (diverse kaufpreisbestimmende Faktoren) oder
- b) einen rein umsatz- und/oder gewinnabhängigen variablen Kaufpreisbestandteil handelt.

##### a) Earn-Out im klassischen Sinne: Diverse kaufpreisbestimmende Faktoren

Sehen die Earn-Out-Klauseln keinen rein umsatz- und/oder gewinnabhängigen Kaufpreisanteil vor (s. dazu unten), so führt der später zufließende variable Kaufpreisanteil regelmäßig zu einer rückwirkenden Anpassung des Veräußerungsgewinns im Jahr der Veräußerung; es liegt ein rückwirkendes Ereignis i.S.d. § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO vor und es kommt damit zu einer Änderung der Steuerbescheide des Jahres der Veräußerung.<sup>30</sup> Denn eine nachträgliche Änderung des Veräußerungspreises kann grundsätzlich auch dann auf den Zeitpunkt der Veräußerung zurückwirken, wenn das Ereignis erst nach dem Zeitpunkt der Veräußerung eingetreten ist.<sup>31</sup> Bei nachträglichen Ände-

rungen des Veräußerungspreises kommt es nach der BFH-Rechtsprechung entscheidend darauf an, ob

- über den Veräußerungspreis im Zeitpunkt der Übertragung keine abschließende Einigung erzielt wurde – dann erhöht ein später festgesetzter Mehrbetrag rückwirkend, d.h. für das Jahr der Veräußerung, den Veräußerungsgewinn – oder
- ein zunächst feststehender Veräußerungspreis nachträglich geändert wird – dann ist ein Mehrbetrag erst in dem Veranlagungszeitraum zu erfassen, in dem die Erhöhung vereinbart wurde.<sup>32</sup>

Ein rückwirkendes Ereignis i.S.v. § 175 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AO liegt bei nachträglichen vertraglichen Änderungen mithin nur dann vor, wenn der Rechtsgrund für die später geleisteten Zahlungen bereits im ursprünglichen Rechtsgeschäft angelegt ist.<sup>33</sup>

Grundsätzlich sollen Earn-Out-Klauseln dazu dienen, Unsicherheiten hinsichtlich der zukünftigen Unternehmensentwicklungen bei der Gesamtkaufpreisfindung korrekt zu berücksichtigen. Ein Earn-Out wird somit gerade dann abgeschlossen, wenn man bei Unterzeichnung des Kaufvertrags keine abschließende Einigung über den Kaufpreis erzielen kann und deswegen eine variable Kaufpreisformel des Earn-Outs vereinbart. Deshalb erhöht ein vereinbarter Earn-Out *regelmäßig mit steuerlicher Rückwirkung auf den Veräußerungszeitpunkt* den Veräußerungsgewinn.

**Beispiel:** In der Earn-Out Klausel wird ein Zielwert des variablen Kaufpreises von 10 Mio. € vereinbart. Ein Teilbetrag in Höhe von 2 Mio. € davon soll fällig werden, wenn das Nachfolgeprodukt des derzeitigen „Verkaufsschlagers“ binnen bestimmter Frist markteingeführt wird. Ein weiterer Teilbetrag von 5 Mio. € soll dann fällig werden, wenn der von den Veräußerern vorgelegte Businessplan der veräußerten GmbH & Co. KG sich im Wesentlichen erfüllt (und zwar kumuliert über einen Zeitraum von zwei Jahren nach dem wirtschaftlichen Übergangstichtag, und mit der Maßgabe, dass eine Unterschreitung von bis zu 10 % unschädlich ist). Der Restbetrag von 3 Mio. € soll dann fällig werden, wenn das kumulierte EBIT über den Betrachtungszeitraum einen bestimmten Mindestwert nicht unterschreitet. In diesem Beispiel wirken etwaige Zahlungen auf einen so gestalteten Earn-Out u.E. auf den Veräußerungszeitpunkt zurück.

Soweit bei bilanzierenden Steuerpflichtigen die Veränderung des Kaufpreises bilanziell in anderen Wirtschaftsjahren berücksichtigt wurden, ist der steuerbilanzielle Gewinn dieser Wirtschaftsjahre und der steuerbilanzielle Gewinn des Jahres, in dem die Veräußerung erfolgt ist, außerbilanziell entsprechend zu korrigieren.<sup>34</sup>

Keine steuerliche Rückwirkung hat der BFH für den Fall angenommen, dass dem Veräußerer ein *Optionsrecht auf Abschluss eines Änderungsvertrags* zum (ursprünglichen) Kaufvertrag mit dem Ziel einer nachträglichen Beteiligung an der Wertentwicklung des Kaufgegenstands einräumt

<sup>28</sup> Vgl. *Ettinger* in *Ettinger/Jaques*, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 2012, Teil B Rz. 205.

<sup>29</sup> *Hülsmann*, DStR 2015, 397 (398); ebenso *Werner*, DStR 2012, 1662 ff.; jeweils unter Berufung auf BFH v. 19.7.1993 – GrS 1/92, BStBl. II 1993, 894 (896).

<sup>30</sup> Vgl. *Hettler/Stratz/Hörtnagl*, Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2013, § 8 Rz. 32;

<sup>31</sup> Vgl. BFH v. 23.5.2012 – IX R 32/11, BStBl. II 2012, 675 = GmbHR 2012, 872; v. 21.12.1993 – VIII R 69/88, BStBl. II 1994, 648 = GmbHR 1994, 724; v. 28.10.2009 – IX R 17/09, BStBl. II 2010, 539 = GmbHR 2010, 386.

<sup>32</sup> Vgl. BFH v. 23.5.2012 – IX R 32/11, BStBl. II 2012, 675 = GmbHR 2012, 872; v. 17.1.1989 – VIII R 370/83, BStBl. II 1989, 563.

<sup>33</sup> Vgl. BFH v. 23.5.2012 – IX R 32/11, BStBl. II 2012, 675 = GmbHR 2012, 872; v. 14.6.2005 – VIII R 14/04, BStBl. II 2006, 15 = GmbHR 2005, 1574.

<sup>34</sup> Vgl. BMF v. 24.7.2015 – IV C 2 - S 2750-a/07/10002 :002 – DOK 2015/0606474, BStBl. I 2015, 612 = GmbHR 2015, 895.

## Earn-Out Gestaltungen im Unternehmenskaufvertrag

wird. Der BFH nahm hier *keine steuerliche Rückwirkung* an, weil er als Rechtsgrund für die nachträgliche Kaufpreiszahlung nicht den ursprünglichen Kaufvertrag ansah, sondern den später aufgrund der Optionsrechtsausübung abgeschlossenen Änderungsvertrag. Deshalb war der Rechtsgrund für die späteren Zahlungen nicht im ursprünglichen Kaufvertrag angelegt und eine Rückwirkung folglich nicht zulässig.<sup>35</sup>

### b) Sonderfall: Ausschließlich Umsatz- und/oder gewinnabhängiger variabler Kaufpreisanteil

Bei einem rein umsatz- und/oder gewinnabhängigen variablen Kaufpreisanteil liegt eine Ausnahme von der grundsätzlichen Rückwirkung der Kaufpreisanpassung vor.<sup>36</sup> Es handelt sich hierbei um eine Vereinbarung nach der der Veräußerer auch an den künftigen Gewinnen oder Umsätzen des ihm dann nicht mehr gehörenden Unternehmens noch für eine bestimmte Zeit prozentual oder entsprechend einer genauen Berechnungsformel beteiligt ist. Der Erwerber ist somit verpflichtet einen festen Teil des künftigen Gewinns oder Umsatzes an den Veräußerer zu zahlen. Wirtschaftlich stellt sich dies als eine Art „nachlaufende Erfolgspartizipation“ dar, bei der der Veräußerer prozentual wie eine Art „stiller Gesellschafter“ weiter an den Ergebnissen des veräußerten Unternehmens beteiligt ist. Diese Fälle sind vom Earn-Out im klassischen Sinne dadurch zu unterscheiden, dass beim Earn-Out im klassischen Sinne ein etwaiges Anknüpfen (auch oder ausschließlich) an der künftigen Umsatz- oder Gewinnentwicklung quasi nur ein Gradmesser dafür ist, inwieweit ein von vornherein vereinbarter Sollwert des Earn-Out Kaufpreisteils dann auch fällig werden soll.

Der Veräußerer erzielt hier zunächst nur in Höhe der sofort fälligen Grundkaufpreises einen Veräußerungsgewinn i.S.d. § 16 EStG. Erst im Jahr des Entstehens des umsatz- und/oder gewinnabhängigen variablen Earn-Out-Kaufpreisanteils hat der Veräußerer diesen als laufende nachträgliche Betriebseinnahmen i.S.d. § 24 Nr. 2 EStG zu versteuern.<sup>37</sup> Die Summe aus dem Grundkaufpreis und dem (späteren) variablen Kaufpreisanteil abzüglich des Buchwerts des Eigenkapitals und der Veräußerungskosten bestimmt dann schlussendlich, ob der Veräußerer steuerlich einen Veräußerungsgewinn oder -verlust erzielt.<sup>38</sup> Der später entstehende variable Kaufpreisanteil wird somit regelmäßig in einem anderen Veranlagungszeitraum besteuert als der bei der Veräußerung sofort fällige Grundkaufpreis. Dies kann auch steuerliche Gestaltungsspielräume eröffnen, da der variable Kaufpreisanteil dann ggf. – bei gerin-

geren Unternehmenswerten – einer niedrigeren Steuerprogression unterliegt.

**Beispiel:** Bei einer Wirtschafts- und Steuerberatersozietät in der Rechtsform der PartG mbB scheidet ein Seniorpartner aus und erhält als Abfindung seinen Anteil am buchmäßigem Eigenkapital der (bilanzierenden) Partnerschaftsgesellschaft, sowie die Auszahlung seines Verrechnungskontos bei der Gesellschaft. Zusätzlich wird vereinbart, dass er noch für den Zeitraum von drei Jahren zu einem bestimmten Prozentsatz am Ergebnis der Partnerschaft beteiligt ist. Diese nachträgliche Ergebnisbeteiligung führt u.E. nicht zu einer rückwirkenden Anpassung des Veräußerungsgewinns des ausscheidenden Partners nach § 16 EStG, sondern wird steuerlich im jeweiligen Veranlagungszeitraum, in dem die nachlaufende Gewinnbeteiligung entsteht, besteuert.

Da es sich bei den (nachträglichen) variablen Kaufpreisanteilen um laufende nachträgliche Betriebseinnahmen handelt, können natürliche Personen als Veräußerer hinsichtlich des variablen Kaufpreisanteils weder den Freibetrag i.S.d. § 16 Abs. 4 EStG noch die Tarifiermäßigungen i.S.d. § 34 EStG in Anspruch nehmen. Leider weiterhin nicht abschließend geklärt ist, ob in diesem Fall Freibetrag und Tarifbegünstigungen nach §§ 16, 34 EStG wenigstens auf einen ggf. bereits feststehenden Gewinnanteil, der bereits im Zeitpunkt der Veräußerung realisiert wird, anzuwenden sind. Dafür spricht u.E., dass dieser Fall mit der Situation vergleichbar ist, dass gegen einen Festkaufpreis und gegen wiederkehrende Bezüge veräußert wird, wo hinsichtlich des Festkaufpreises die Begünstigungen gewährt werden.<sup>39</sup> Dagegen könnte jedoch angeführt werden, dass die variablen, künftigen Kaufpreisteile – anders als versprochene Leibrentenzahlungen – nicht im Zeitpunkt des Veräußerungsvorgangs der Höhe nach feststehen und berechnet werden können.

## 2. Veräußerung von Kapitalgesellschaftsanteilen

Im Jahr der Veräußerung, d.h. im Jahr der Entstehung des Grundkaufpreises, erzielt der Veräußerer von Anteilen an Kapitalgesellschaften regelmäßig Einkünfte i.S.d. § 17 EStG, es sei denn, es handelt sich um eine Veräußerung eines 100 % Anteils, der als Veräußerung eines Teilbetriebs gilt und damit zu Einkünften i.S.d. § 16 EStG führt. In beiden Fällen ist das Teileinkünfteverfahren nach § 3 Nr. 40 EStG anwendbar, der Veräußerungsgewinn also zu 40 % steuerfrei. Ist der Veräußerer eine Kapitalgesellschaft, so findet § 8b KStG Anwendung und der Veräußerungsgewinn ist zu 95 % steuerfrei.

Hinsichtlich des variablen Kaufpreisanteils ist u.E. wiederum zwischen Earn-Out-Klauseln im klassischen Sinne und dem Sonderfall eines rein umsatz- und/oder gewinnabhängigen variablen Kaufpreisanteils zu unterscheiden.

### a) Earn-Out im klassischen Sinne: Diverse kaufpreisbestimmende Faktoren

Für die Ermittlung des Veräußerungsgewinns nach § 17 EStG gelten ebenso wie für Fälle des § 16 EStG die Vor-

35 Vgl. BFH v. 23.5.2012 – IX R 32/11, BStBl. II 2012, 675 = GmbHR 2012, 872.

36 Vgl. u.a. Werner, DStR 2012, 1662 ff. unter Bezugnahme auf BFH v. 19.7.1993 – GrS 1/92, BStBl. II 1993, 894 (896); ebenso BFH v. 27.10.2015 – VIII R 47/12, BFH/NV 2016, 461.

37 Vgl. BFH v. 14.5.2002 – BStBl. II 2002, 532, H 16 Abs. 11 „Gewinn- oder umsatzabhängiger Kaufpreis“ EStR; Werner, DStR 2012, 1662 ff.; Hettler/Stratz/Hörtnagl, Beck'sches Mandats-handbuch Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2013, § 5 Rz. 58; Krumm in Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 5 EStG Rz. 940a; Ettinger in Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 2012, Teil B Rz. 206; nicht eindeutig Hülsmann, DStR 2015, 397 (399): „für den Veräußerer in der Regel ein Ereignis mit steuerlicher Rückwirkung vorliegt“.

38 Vgl. Gröger in Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, 8. Aufl. 2015, S. 338; Ettinger in Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 2012, Teil B Rz. 206.

39 Vgl. BFH v. 10.7.1991 – X R 79/90, DStR 1991, 1380; FG Münster v. 25.4.2001 – 8 K 4427/98 E, EFG 2001, 1275; Wacker in Schmidt, EStG, 35. Aufl. 2016, § 16 Rz. 248; Ettinger in Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 2012, Teil B Rz. 206.

### Earn-Out Gestaltungen im Unternehmenskaufvertrag

schriften für die Gewinnermittlung nach bilanzrechtlichen Grundsätzen, d.h. eine Veräußerungsgewinnermittlung in Anlehnung an § 4 Abs. 1, § 5 EStG.<sup>40</sup> Es gelten insoweit die obigen Ausführungen zur Veräußerung von Einheiten des Betriebsvermögens entsprechend: Handelt es sich nicht um einen rein umsatz- und/oder gewinnabhängigen variablen Kaufpreisanteil, so liegt eine Anpassung des Kaufpreises vor, die regelmäßig zurückwirkt auf den Veräußerungszeitpunkt. Liegt der Rechtsgrund für die Änderung des Kaufpreises nicht im ursprünglichen Kaufvertrag, so ist eine Rückwirkung nicht zulässig.

**Beispiel:** In der Earn-Out Klausel wird ein Zielwert des variablen Kaufpreises von 5 Mio. € vereinbart. Ein Teilbetrag in Höhe von 2 Mio. € davon sollten fällig werden, wenn die beiden veräußernden Gesellschafter-Geschäftsführer der veräußerten GmbH für einen Zeitraum von zwei Jahren nach Closing nicht von sich aus das Amt als Geschäftsführer niederlegen. Der Restbetrag von 3 Mio. € soll dann fällig werden, wenn das kumulierte EBITDA über einen Betrachtungszeitraum von drei Jahren ab dem wirtschaftlichen Übertragungsstichtag einen bestimmten Zielwert erreicht oder um nicht mehr als 5 % (nach oben oder unten) verfehlt. Bei Abweichungen des Ist-EBITDA vom EBITDA-Zielwert, nach unten wie nach oben, verringert bzw. erhöht sich der insoweit maßgebliche Sollwert dieses Kaufpreisbestandteils (also die 3 Mio. €) nach einer bestimmten Umrechnungsformel, wobei die Verringerung bzw. Erhöhung jedoch nach unten wie nach oben gedeckelt ist (Floor und Cap). In diesem Fall wirken etwaige Zahlungen auf einen so gestalteten Earn-Out u.E. auf den Veräußerungszeitpunkt zurück.

Ist der Veräußerer eine Kapitalgesellschaft, so findet § 8b KStG ebenfalls rückwirkend Anwendung, d.h. die Schachtelstrafe (5 % nicht abziehbare Betriebsausgaben) des § 8b Abs. 3 KStG fällt ebenfalls rückwirkend im Wirtschaftsjahr der Veräußerung an; bereits erlassene Steuerbescheide sind gemäß § 175 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AO zu ändern.<sup>41</sup>

Wie auch im Falle der Veräußerung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils, so ist auch im Fall der Veräußerung eines Anteils an einer Kapitalgesellschaft bei bilanzierenden Steuerpflichtigen (Veräußerer) steuerbilanziell wie folgt zu verfahren: Soweit die Veränderung des Kaufpreises bilanziell in anderen Wirtschaftsjahren berücksichtigt wurden, ist der steuerbilanzielle Gewinn dieser Wirtschaftsjahre und der steuerbilanzielle Gewinn des Jahres, in dem die Veräußerung erfolgt ist, außerbilanziell entsprechend zu korrigieren.<sup>42</sup>

#### b) Sonderfall: Ausschließlich Umsatz- und/oder gewinnabhängiger variabler Kaufpreisanteil

Auch bei der Veräußerung von Kapitalgesellschaftsanteilen gegen einen rein umsatz- und/oder gewinnabhängigen variablen Kaufpreisanteil kommt es u.E. wiederum nicht

zu einer rückwirkenden Anpassung im Jahr der Veräußerung. Das BFH-Urteil zum gewinn- oder umsatzabhängigen Kaufpreisanteil ist zwar nur für Fälle des § 16 EStG ergangen, jedoch wurde die Anwendbarkeit für Fälle des § 17 EStG nicht explizit ausgeschlossen. Zudem ist eine unterschiedliche Behandlung bei der Veräußerung von Kapitalgesellschaftsanteilen und der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen u.E. hier nicht gerechtfertigt, da es u.a. dem Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung sowie der rechtsformunabhängigen Besteuerung widerspricht.<sup>43</sup> Der Veräußerer von Anteilen an Kapitalgesellschaften erzielt in diesem Fall somit u.E. ebenfalls im Zeitpunkt der späteren Entstehung des variablen Kaufpreisanteils nachträgliche Einkünfte i.S.d. § 24 Nr. 2, § 17 Abs. 2 EStG bzw. § 24 Nr. 2, § 16 EStG beim einem 100 %-Anteil. Es kommt zu einer nachträglichen Erhöhung des Veräußerungsgewinns, der im Jahr der Realisierung, also des Entstehens des variablen Kaufpreisanteils, zu versteuern ist.<sup>44</sup>

Ob auf den nachträglichen variablen Kaufpreisanteil das Teileinkünfteverfahren anwendbar ist, ist nicht abschließend geklärt.<sup>45</sup> Da es sich hier ebenfalls um ein Entgeltbestandteil für die Veräußerung eines Kapitalgesellschaftsanteils handelt, muss u.E. hier ebenfalls das Teileinkünfteverfahren gelten, da es sonst zu einer Ungleichbesteuerung (Höherbesteuerung) im Vergleich zur Personengesellschaft kommen würde und damit das Prinzip der rechtsformunabhängigen gleichmäßigen Besteuerung zuwiderlaufen würde.<sup>46</sup> Für die Anwendbarkeit des Teileinkünfteverfahrens spricht auch ein rechtskräftiges Urteil des FG Münster, bei dem der variable Earn-Out-Kaufpreisanteil in der Steuererklärung des Steuerpflichtigen mit dem damals noch Halbeinkünfteverfahren angesetzt wurde, das Halbeinkünfteverfahren auch vom Finanzamt angesetzt wurde und im Urteil vom Finanzgericht nicht als unzulässig aufgegriffen wurde.<sup>47</sup> Aus den gleichen Gründen muss auch die Steuerfreistellung des § 8b KStG, als entsprechende Vorschrift zwischen Kapitalgesellschaften, im Jahr der späteren Entstehung des variablen Kaufpreisanteils anwendbar sein. Sonst käme es ebenfalls zu einer ungerechtfertigten Doppelbesteuerung in der Kapitalgesellschafts-sphäre, die ja gerade durch § 8b KStG vermieden werden soll.

### V. Steuerliche Behandlung eines Earn-Outs aus Käufersicht

#### 1. Erwerb von Einheiten des Betriebsvermögens (Betriebe, Teilbetriebe, Mitunternehmeranteile)

Der Erwerber eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils hat zunächst den Grundkaufpreis als Anschaffungskosten auf die erworbenen Wirtschaftsgüter zu verteilen und zu aktivieren. Nach Auffassung von Hülsmann<sup>48</sup> sind bei nachträglichen Änderungen des Kaufpreises die Anschaffungskosten rückwirkend anzupassen. Gleichwohl weist er darauf hin, dass bislang weder eine

40 Vgl. Hüls, DStR 2016, 1345 (1346).

41 Vgl. BFH v. 9.4.2014 – IR 52/12, BStBl. II 2014, 861 = GmbHR 2014, 770 m. Komm. Roser; v. 12.3.2014 – IR 55/13, BStBl. II 2015, 658 = GmbHR 2014, 766 m. Komm. Roser; v. 22.12.2010 – IR 58/10, BStBl. II 2015, 658 = GmbHR 2011, 378; Gosch in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 195c; BMF v. 24.7.2015 – IV C 2 - S 2750-a/07/10002 :002 – DOK 2015/0606474, BStBl. I 2015, 612 = GmbHR 2015, 895; Link, BB 2014, 554 ff.  
42 Vgl. BMF v. 24.7.2015 – IV C 2 - S 2750-a/07/10002 :002 – DOK 2015/0606474, BStBl. I 2015, 612 = GmbHR 2015, 895.

43 A.A. Werner, DStR 2012, 1662 ff.

44 Vgl. BFH v. 23.5.2012 – IX R 32/11, BStBl. II 2012, 675 = GmbHR 2012, 872; Ettinger in Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 2012, Teil B Rz. 207; Link, BB 2014, 554 ff.

45 Vgl. Link, BB 2014, 554 ff.

46 Vgl. ebenso Link, BB 2014, 554 ff.

47 Vgl. FG Münster v. 29.8.2012 – 8 K 4732/10 E, juris.

48 Hülsmann, DStR 2015, 397 ff.

## Earn-Out Gestaltungen im Unternehmenskaufvertrag

gesetzliche Regelung noch höchstrichterliche Rechtsprechung und auch keine Verlautbarungen der Finanzverwaltung vorliegen, sodass beide Vorgehensweisen daher vertretbar sind (ex-tunc und ex-nunc). Die Behandlung bei Erwerber muss u.E. *spiegelbildlich zu der beim Veräußerer* sein, da in beiden Fällen steuerlich an ein „einmaliges, punktuell Ereignis“ (und zwar das gleiche Ereignis) angeknüpft wird.<sup>49</sup> Soweit es beim Veräußerer zu einer rückwirkenden Anpassung des Veräußerungsgewinns kommt, ist es steuersystematisch folgerichtig dann spiegelbildlich die Erhöhung der Anschaffungskosten beim Erwerber auch rückwirkend auf den Veräußerungszeitpunkt vorzunehmen.<sup>50</sup> Im Falle von abschreibungsfähigen Wirtschaftsgütern kommt es damit auch rückwirkend zu einem erhöhten Abschreibungsvolumen („Step-Up“) und damit zu einer Ergebnisminderung beim Erwerber.

Nur im Fall einer ausschließlich umsatz- und/oder gewinnabhängigen Earn-Out-Klausel oder einer Kaufpreisanpassung, die nicht im ursprünglichen Kaufvertrag angelegt war (Option auf Abschluss eines Änderungsvertrags) sind u.E. die nachträglichen Anschaffungskosten erst im Jahr der Zahlung des variablen Kaufpreisbestandteils zu erfassen. Der Erwerber hat zudem folgenden BFH-Fall zu berücksichtigen: Im BFH-Urteil vom 27.10.2015 verpflichtete sich der Erwerber als Entgelt für den erworbenen Gesellschaftsanteil künftige Gewinnanteile teilweise an den Veräußerer zu zahlen. Die daraufhin an den Veräußerer abgeführten Gewinnanteile mussten zuerst durch den Erwerber versteuert werden obwohl der Veräußerer ebenfalls mit Zufluss einen steuerpflichtigen Veräußerungsgewinn erzielte.<sup>51</sup>

### 2. Erwerb von Kapitalgesellschaftsanteilen

Der Erwerber von Kapitalgesellschaftsanteilen hat ebenfalls zunächst nur Anschaffungskosten für seine erworbenen Anteile in Höhe des Grundkaufpreises. Erst beim späteren Entstehen des variablen Kaufpreisanparts entstehen nachträgliche Anschaffungskosten auf seine Anteile, die er hinsichtlich des Zeitpunkts u.E. ebenfalls spiegelbildlich zur Erfassung beim Veräußerer zu berücksichtigen hat.<sup>52</sup>

## VI. Steuerliche Sonderthemen

### 1. Earn-Out-Zahlungen als steuerlicher Arbeitslohn?

Der Erfolg eines Unternehmens ist maßgeblich von den Leistungen des Managements abhängig, weshalb häufig eine Erfolgsbeteiligung an das Management gewährt wird. Diese kann je nach Ausgestaltung auch von dem Veräußerungsgewinn aufgrund einer Earn-Out-Klausel abhängig sein. Die entscheidende Frage ist hier, ob die konkrete Vereinbarung mit dem Management zu Einnahmen aus nichtselbständiger Tätigkeit i.S.d. § 19 EStG führt oder zu Einkünften aus Kapitalvermögen nach §§ 17, 20 EStG. Im Anschluss ist die steuerliche Behandlung dieser Vergütung aus Sicht des Veräußerers bzw. der Gesellschaft zu betrachten.

#### a) Ebene des Managements

Die steuerliche Behandlung von Erfolgsbeteiligungen des Managements hat schon häufig die Finanzgerichte beschäftigt.<sup>53</sup> Dabei hat die Rechtsprechung wiederholt betont, dass die steuerliche Qualifikation der Einkünfte im Falle der Erfolgsbeteiligung des Managements aufgrund der Vielzahl von Regelungs- bzw. Vereinbarungsvarianten stets eine Einzelfallbetrachtung ist.<sup>54</sup> Es sollen deshalb hier nur die Grundzüge dargestellt werden: Das Management erzielt demnach Einkünfte aus unselbständiger Arbeit i.S.d. § 19 EStG, wenn die Vergütung auf Grundlage einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung erfolgt ist und als Gegenleistung für die Beschäftigung, d.h. für die zur Verfügung Stellung der individuellen Arbeitskraft zu werten ist.<sup>55</sup> Begründen die Erfolgsbeteiligungen des Managements jedoch ein rechtliches Sonderverhältnis, was dem Management Gesellschafterrechte gewährt sowie eine Verlustbeteiligung beinhaltet, so führt dies zu Einkünften aus Kapitalvermögen.<sup>56</sup> Liegen demnach Kapitaleinkünfte vor, so sind diese jedoch wieder insoweit in Einkünfte aus unselbständiger Tätigkeit i.S.d. § 19 EStG *umzuqualifizieren*, als diese im Vergleich zu dem Veräußerungserlös der übrigen Veräußerer überhöht, also unüblich sind; d.h. der unübliche Teil stellt Einkünfte i.S.d. § 19 EStG dar.<sup>57</sup> In besonders gelagerten Fällen können sogar Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften i.S.d. § 23 EStG vorliegen, die nach Ablauf der Spekulationsfrist steuerfrei bleiben.<sup>58</sup>

In der Praxis häufig anzufinden ist auch der Fall, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer sämtliche Geschäftsanteile veräußert, jedoch noch nach dem Verkauf weiterhin als Geschäftsführer tätig ist. Erhält er dann aufgrund der Earn-Out-Klausel nachträglich den variablen Kaufpreisanteil, so kann dieser nicht zu Einkünften aus unselbständiger Tätigkeit führen, da der Rechtsgrund für die Zahlung gerade nicht in der zur Verfügung Stellung der eigenen Arbeitskraft liegt, sondern in der Veräußerung der Geschäftsanteile (dem Kaufvertrag). Dass der Einsatz seiner Arbeitskraft für die Gesellschaft ggf. zu einer Werterhöhung der Gesellschaft bzw. dem Eintreten der Kriterien der Earn-Out-Klausel geführt hat ist Ausfluss seiner regulär nach dem Arbeitsvertrag geschuldeten und mit dem Arbeitsentgelt aufgrund des Arbeitsvertrags (Fixvergütung sowie ggf. noch Bonus) abgegoltenen Geschäftsführertätigkeit.<sup>59</sup>

Soweit sich die Erfolgsbeteiligung des Managements auch auf den erst später gezahlten Earn-Out-Kaufpreisanteil erstreckt, ist die zeitliche Erfassung der Einkünfte abhängig von der jeweils erzielten Einkunftsart. Einkünfte aus unselbständiger Tätigkeit i.S.d. § 19 EStG sind vom Manage-

49 Vgl. BFH v. 6.3.2007 – IX R 51/04, BFH/NV 2007, 1456 zum Erwerb eines Gebäudes.

50 Vgl. ebenso *Hülsmann*, DStR 2015, 397 ff.

51 Vgl. BFH v. 27.10.2015 – VIII R 47/12, BFH/NV 2016, 461.

52 Vgl. *Gröger* in Hölter, Handbuch Unternehmenskauf, 8. Aufl. 2015, S. 339; *Ettinger* in *Ettinger/Jaques*, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 2012, Teil B Rz. 209.

53 Vgl. u.a. FG Münster v. 29.8.2012 – 8 K 4732/10 E, juris; BFH v. 5.11.2013 – VIII R 20/11, BStBl. II 2014, 275 = GmbHR 2014, 334; FG Hamburg, v. 8.12.2014 – 1 K 323/11; FG Münster v. 12.12.2014 – 4 K 1918/13 E, EFG 2015, 385; FG Köln v. 20.5.2015 – 3 K 3253/11, DStRE 2016, 209, Rev. eingelegt, Az. BFH: IX R 43/15.

54 Ständige Rechtsprechung, zuletzt BFH v. 26.6.2014 – VI R 94/13, BStBl. II 2014, 864 = GmbHR 2014, 1057.

55 Vgl. *Link*, BB 2014, 554 (555).

56 Vgl. *Frey/Schmid*, DStR 2015, 1094 (1097).

57 Vgl. FG Münster v. 12.12.2014 – 4 K 1918/13 E, EFG 2015, 385; BFH v. 5.11.2013 – VIII R 20/11, BStBl. II 2014, 275 = GmbHR 2014, 334; *Frey/Schmid*, DStR 2015, 1094 (1097).

58 Vgl. FG Köln v. 20.5.2015 – 3 K 3253/11, DStRE 2016, 209, Rev. eingelegt, Az. BFH: IX R 43/15.

59 Ebenso *Link*, BB 2014, 554 (555).



## Earn-Out Gestaltungen im Unternehmenskaufvertrag

ment stets im Zeitpunkt des Zuflusses zu versteuern.<sup>60</sup> Gleiches hat auch für Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 EStG und aus privaten Veräußerungsgeschäften i.S.d. § 23 EStG zu gelten, für die auch das Zufluss-/Abflussprinzip des § 8 Abs. 1 EStG Anwendung findet. Im Falle der Erzielung von Einkünften i.S.d. § 17 EStG gelten die obigen Ausführungen unter V., d.h. grundsätzlich steuerliche Rückwirkung auf den Veräußerungszeitpunkt.

### b) Ebene des Veräußerers

Schließen der Veräußerer und Mitglieder des leitenden Management der zu veräußernden GmbH einen Vertrag, der die Teilhabe des Managements an einem später entstehenden Earn-Out-Kaufpreisanteil vorsieht, so liegen – im Fall des FG Münster v. 29.8.2012 – für die Mitglieder des leitenden Management insoweit auch Einnahmen aus nichtselbständiger Tätigkeit i.S.d. § 19 EStG vor. Die vom Veräußerer an das Management geflossenen Earn-Out-Kaufpreisanteile mindern den Veräußerungsgewinn gemäß § 17 EStG des Veräußerers.<sup>61</sup>

Liegt die Vergütung des Managements jedoch in einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung mit der Gesellschaft hat dies keine Auswirkungen auf den Veräußerungsgewinn. Erzielt das Management Einkünfte aus Kapitalvermögen, so erhält der Veräußerer bereits insoweit einen entsprechend geringeren Anteil am Veräußerungserlös, sodass die Erfolgsbeteiligung des Managements bereits bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns berücksichtigt ist.

### c) Ebene der Gesellschaft

Ist die Erfolgsbeteiligung des Managements auf Basis einer arbeitsvertraglichen Grundlage zwischen dem Management und der Gesellschaft erfolgt, weil die zu veräußernde Gesellschaft auch selbst sicherstellen möchte, dass das Management weiterhin eine hervorragende Leistung erbringt, und bemisst sich diese Erfolgsbeteiligung in Anlehnung an dem variablen Earn-Out-Kaufpreisanteil, so erzielt das Management deshalb Einkünfte aus unselbständiger Tätigkeit i.S.d. § 19 EStG, für die die Gesellschaft korrespondierend einen *Betriebsausgabenabzug* geltend machen kann. Das Management erhält hier nicht einen Teil des variablen Earn-Out-Kaufpreisanteils des Veräußerers, sondern eine reguläre Erfolgsbeteiligung, die lediglich hinsichtlich des Berechnungsmechanismus auf die Earn-Out-Klausel verweist. In anderen Fällen ist ein Betriebsausgabenabzug nicht zulässig. Der Betriebsausgabenabzug kann in dem Wirtschaftsjahr geltend gemacht werden, in dem der Anspruch des Managements entstanden und fällig geworden ist; ggf. ist bis zur Auszahlung erfolgswirksam eine Verbindlichkeit zu passivieren.

## 2. Ausfall eines vertraglich fällig gewordenen Earn-Out-Kaufpreisteils wegen Insolvenz des Erwerbers

Ein späterer (teilweiser) Wegfall eines vertraglich bereits fällig gewordenen – und dann gestundeten – Earn-Out-Kaufpreisteils wegen Insolvenz des Erwerbers führt zu einer rückwirkenden Anpassung zum Zeitpunkt des Entstehens des Earn-Out-Kaufpreisteils. Es liegt also ein *rückwirkendes Ereignis* i.S.d. § 175 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AO vor, sodass der Steuerbescheid für das Jahr anzupassen ist, in

dem der Earn-Out-Kaufpreisteil steuerlich erfasst wurde.<sup>62</sup> Auch die Regelung des § 8b KStG findet hierauf rückwirkend Anwendung.<sup>63</sup>

### 3. Steuerliche Auswirkung späterer einvernehmlicher Änderungen der ursprünglichen Earn-Out-Klausel wegen veränderter Entwicklungen

Wird die ursprüngliche Earn-Out-Klausel später einvernehmlich angepasst, so liegt der Grund für die Anpassung des Kaufpreises nicht in dem ursprünglichen bereits abgeschlossenen Vertrag sondern in einer später erst neu verhandelten und abgeschlossenen Vereinbarung der Parteien. Wie auch im Urteilsfall des BFH v. 23.5.2012 (Optionsrecht des Veräußerers auf Abschluss eines Änderungsvertrags mit dem Ziel einer nachträglichen Beteiligung an der Wertentwicklung des Kaufgegenstands), so liegt bei späterer einvernehmlicher Änderungen der ursprünglichen Earn-Out-Klausel wegen veränderter Entwicklungen u.E. kein steuerlich rückwirkendes Ereignis vor, d.h. der nachträglich zugeflossene Betrag ist nicht im Veräußerungsjahr, sondern nach § 24 Nr. 2 i.V.m. § 17 bzw. § 16 EStG im Zeitpunkt des Zuflusses zu erfassen. Da kein rückwirkendes Ereignis vorliegt, findet § 8b KStG im Falle der Veräußerung einer Kapitalgesellschaft durch eine Kapitalgesellschaft regulär im Jahr der späteren einvernehmlichen Änderung Anwendung.

## VII. Zusammenfassung

Bei der **zivilrechtlichen Gestaltung** von Earn-Out-Klauseln ist vor allem hohe Präzision bei der Formulierung angezeigt, um einen späteren Streit der Vertragsparteien zu vermeiden.

Wesentlich ist zunächst eine präzise Festlegung der Erfolgsfaktoren (z.B. EBIT oder EBITDA oder Mischformen), anhand derer die Höhe des variablen Kaufpreisbestandteils gemessen werden soll. Sodann ist die Umrechnung der Zielerreichung in eine konkrete Kaufpreisauswirkung zu definieren. Weiter stellt sich die Frage nach zahlenmäßigen Begrenzungen des variablen Kaufpreisbestandteils nach oben („Cap“) und unten („Floor“). Ein weiterer wesentlicher Parameter ist die Festlegung, über welchem Betrachtungszeitraum die festgelegten Erfolgsfaktoren gemessen werden (z.B. ein bis zwei Zeitjahre bzw. besser Geschäftsjahre). Schließlich ist ein praktikabler Abrechnungsmechanismus vorzusehen, und es sind Regelungen zur Manipulationsvermeidung (z.B. Schiedsgutachterklausel) aufzunehmen.

Hinsichtlich der **steuerlichen Folgen** können nicht alle Earn-Out-Fälle über einen Kamm geschoren werden, sondern die Steuerfolgen können je nach Einzelfall variieren.

Grundsätzlich sollen Earn-Out-Klauseln ja dazu dienen, Unsicherheiten hinsichtlich der zukünftigen Unternehmensentwicklungen bei der Gesamtkaufpreisfindung korrekt zu berücksichtigen. Ein Earn-Out wird somit gerade dann abgeschlossen, wenn man bei Unterzeichnung des Kaufvertrags keine abschließende Einigung über den Kaufpreis erzielen kann und deswegen eine variable Kaufpreisformel des Earn-Outs vereinbart. Deshalb erhöht ein vereinbarter Earn-Out regelmäßig mit steuerlicher Rück-

60 Vgl. u.a. BFH v. 5.11.2013 – VIII R 20/11, BStBl. II 2014, 275 = GmbHR 2014, 334.

61 Vgl. FG Münster v. 29.8.2012 – 8 K 4721/10 E.

62 Vgl. BFH v. 19.7.1993 – GrS 2/92, BStBl. II 1993, 897.

63 Vgl. BFH v. 22.12.2010 – I R 58/10, BStBl. II 2015, 668 = GmbHR 2011, 378.