

# Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement

von

Dr. Florian Kästle

Rechtsanwalt in Frankfurt a. M.

und

Dr. Dirk Oberbracht

Rechtsanwalt in Frankfurt a. M.

2. Auflage

FB  
Rechtswiss.  
Univ. Wien



fDR/  
K19.U6-2

Unternehmensgruppen mit international verzweigten Aktivitäten und komplexen Finanzstrukturen, insbesondere *Cash Pooling*, raffinierten *Supply Chain*-Strukturen und steuerlicher Optimierung. Zeitgemäße Unternehmenskaufverträge müssen diese komplexer gewordenen Strukturen abbilden.

Für Veränderungen in der Vertragspraxis sorgte schließlich der Gesetzgeber durch die Reform gesetzlicher Rahmenbedingungen des M&A-Geschäfts. Hierzu zählen die Reform des GmbH-Rechts durch das MoMiG, die Reform des Außenwirtschaftsrechts im Zuge der öffentlichen Diskussion über ausländische *Sovereign Wealth Funds* sowie die Reform des Bilanzrechts durch das BilMoG.

Die Veränderungen gaben hinreichend Anlass, das bewährte Vertragsmuster einer gründlichen Überarbeitung zu unterziehen. Das Ergebnis der Überarbeitung legen wir mit dieser zweiten Auflage unseres Buches vor. Die freundlichen Anregungen und Hinweise aus der Praxis, die nach Erscheinung der ersten Auflage zahlreich bei uns eingegangen sind, haben wir ausgewertet und zu einem großen Teil berücksichtigt. Anmerkungen aus dem Kreis der verehrten Leserschaft werden dankend entgegengenommen.

Frankfurt a.M. im Juni 2010

*Dr. Florian Kästle*  
*Dr. Dirk Oberbracht*

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur 2. Auflage .....	V
Abkürzungsverzeichnis .....	IX
Literaturverzeichnis .....	XIII
<b>A. Einführung und Textabdruck .....</b>	<b>1</b>
I. Einführung .....	1
1. Das Share Purchase Agreement in der M&A-Praxis .....	1
2. Share Deal und Asset Deal .....	3
3. Strategische Unternehmenskäufe und Private Equity-Transaktionen .....	9
4. Verkauf und Kauf von Unternehmen in der Krise .....	10
5. Ablauf des Unternehmenskaufs .....	12
II. Textabdruck des Vertragsmusters .....	18
<b>B. Vertragsmuster mit Erläuterungen .....</b>	<b>19</b>
I. Vorbemerkungen zur Form und sonstigen Wirksamkeitsfragen .....	19
1. Erfordernis der notariellen Beurkundung .....	19
2. Anwendbarkeit der Regelungen über AGB .....	23
II. Parteien und Präambel .....	28
III. Vertragsklauseln .....	32
1. Certain Defined Terms and Abbreviations .....	32
2. Current Status .....	35
3. Sale and Transfer of Shares and Seller Intragroup Balances; Termination of Cash Pooling and DPLT Agreement .....	42
4. Purchase Price; Payments[; Escrow] .....	60
5. Effective Date Financial Statements .....	114
6. Closing Conditions and Closing .....	123
7. Representations of Seller .....	153
8. Remedies for Breach of Representations .....	220
9. Representations of Purchaser .....	235
10. Indemnities .....	237
11. General Exclusions and Limitations of Seller's Liability .....	258
12. Covenants and Other Agreements .....	262
13. Non-compete; Non-solicitation .....	273

14. Merger Clearance [; Foreign Trade Clearance] .....	280
15. Transition of Business .....	285
16. Confidentiality and Public Announcements .....	290
17. Notices .....	296
18. Costs .....	298
19. Miscellaneous .....	299
<b>C. Weiterführende Hinweise zu Literatur und Rechtsprechung .....</b>	<b>309</b>
<b>D. Sachregister .....</b>	<b>319</b>

**Abkürzungsverzeichnis**

AEUV .....	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG .....	Amtsgericht
AG .....	Aktiengesellschaft
AG .....	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGB .....	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG .....	Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AktG .....	Aktiengesetz
AO .....	Abgabenordnung
APA .....	Asset Purchase Agreement
APV .....	Adjusted Present Value
ASPA .....	Asset and Share Purchase Agreement
AWG .....	Außenwirtschaftsgesetz
AWV .....	Außenwirtschaftsverordnung
BAG .....	Bundesarbeitsgericht
BB .....	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BBodSchG .....	Bundesbodenschutzgesetz
BetrAVG .....	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BeurkG .....	Beurkundungsgesetz
BFH .....	Bundesfinanzhof
BGB a.F .....	Bürgerliches Gesetzbuch alte Fassung
BGB .....	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB n.F .....	Bürgerliches Gesetzbuch neue Fassung
BGH .....	Bundesgerichtshof
BGHZ .....	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BStBl .....	Bundessteuerblatt
CAPM .....	Capital Asset Pricing Model
CISG .....	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf
DB .....	Der Betrieb (Zeitschrift)
DCF .....	Discounted Cash-flow
DIS .....	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V.
EBIT .....	Earnings Before Interest and Taxes
EBITDA .....	Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortisation
EBT .....	Earnings Before Taxes
EC .....	European Community
EGBGB .....	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch

## II. Textabdruck des Vertragsmusters

[To be notarially recorded]

.....

### SHARE PURCHASE AGREEMENT

.....

dated

.....

regarding the  
sale and purchase of [the [entire] stated capital] of

.....

Die **einzelnen Klauseln** des Vertragsmusters sind im Folgenden der jeweiligen Erläuterung vorangestellt.

Das **vollständige** zusammenhängende Muster finden Sie auf der dem Buch beiliegenden CD in zwei verschiedenen Dateiformaten.

## B. Vertragsmuster mit Erläuterungen

### I. Vorbemerkungen zur Form und sonstigen Wirksamkeitsfragen

#### 1. Erfordernis der notariellen Beurkundung

a) **Umfang des Beurkundungserfordernisses.** Betrifft das SPA Geschäftsanteile an einer GmbH, so bedarf es der notariellen Beurkundung. Dies gilt auch dann, wenn es lediglich den Verkauf, aber nicht die Abtretung der Geschäftsanteile regelt (§ 15 Abs. 3 und 4 GmbHG). Wurde eine Vereinbarung über den Verkauf ohne Beachtung dieses Formfordernisses geschlossen, so wird der Formmangel durch formgerechte Abtretung geheilt (§ 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG). Entgegen dem missverständlichen Gesetzeswortlaut muss hierzu aber nicht nur ein formgerecht abgeschlossener Abtretungsvertrag vorliegen, sondern die Abtretung muss auch im Übrigen wirksam sein.<sup>10</sup> Bei aufschiebend bedingter Abtretung tritt Heilung erst mit Erfüllung der Bedingung ein.<sup>11</sup>

Das Erfordernis der notariellen Beurkundung beschränkt sich nicht auf die Vereinbarungen über den Verkauf und die Abtretung als solche, sondern erstreckt sich auf alle weiteren Abreden, die nach dem Willen der Parteien Bestandteil dieser Vereinbarungen sein sollen.<sup>12</sup> Hierzu zählen alle Abreden, von denen anzunehmen ist, dass die Vereinbarungen über den Verkauf oder die Abtretung nach dem Willen auch nur einer Partei ohne sie nicht oder mit anderem Inhalt getroffen worden wären.<sup>13</sup>

Bei einem Unternehmenskauf kann die strikte Beachtung dieses Erfordernisses zu einem ungewöhnlich weiten Umfang der Beurkundung führen. Werden etwa gleichzeitig mit dem SPA weitere Verträge abgeschlossen (z. B. beim Kauf durch Finanzinvestoren Verträge über die Rückbeteiligung des Verkäufers oder die Beteiligung des Managements des Zielunternehmens am Akquisitionsvehikel) oder werden in sog. *Side Letters* Nebenvereinbarungen getroffen, sind auch diese beurkundungspflichtig. Keine Beurkundungspflicht soll hingegen bestehen für Finanzierungszusagen Dritter, wie etwa einem *Equity Commitment Letter* eines investierenden Fonds oder dem *Financing Commitment Letter* einer finanziierenden Bank.<sup>14</sup> Werden beurkundungspflichtige Nebenvereinbarungen nicht beurkundet, so sind nicht nur diese Vereinbarungen, sondern alle als Teil des einheitli-

## II. Parteien und Präambel

### II. Parteien und Präambel

#### SHARE PURCHASE AGREEMENT

between

1. [\_\_], [address of principal place of business or registered office],  
a [\_\_] incorporated under the laws of [\_\_], registered with [\_\_]  
under [\_\_];

– „Seller“ –

and

2. [\_\_], [address of principal place of business or registered office],  
a [\_\_] incorporated under the laws of [\_\_], registered with [\_\_]  
under [\_\_];

– „Purchaser“ –

– Seller and Purchaser the „Parties“ –.

#### Preamble

- A. Seller is the parent company of [\_\_] group which is active in the [\_\_] business.
- B. In pursuit of a strategic decision to focus on its core activities, Seller intends to sell [\_\_].
- C. Purchaser is active in the [\_\_] business and intends to purchase [\_\_].

Now, the Parties agree as follows:

#### Erläuterungen

1. Erläuterungen zu den Parteien
2. Erläuterungen zur Präambel

#### 1. Erläuterungen zu den Parteien

Aus Gründen der Übersichtlichkeit sieht das Vertragsmuster nur zwei Parteien vor, Verkäufer (*Seller*) und Käufer (*Purchaser*). In der Praxis kommen als weitere Parteien häufig Garantiegeber (*Guarantors*) für Verkäufer und Käufer hinzu. Dies kann erforderlich sein,

wenn es sich bei dem Verkäufer oder Käufer nicht um die eigentlichen wirtschaftlich betroffenen Parteien handelt, sondern um Zwischengesellschaften.

So ist etwa beim Verkauf von Konzern- oder Familiengesellschaften Verkäufer vielfach nicht die Konzernobergesellschaft oder Familie selbst, sondern eine von dieser gehaltenen Holdinggesellschaft. Ebenso ist Käufer nur selten (beim Kauf durch Finanzinvestoren niemals) das wirtschaftlich den Erwerb tätige Unternehmen (bei Finanzinvestoren also der Fonds) selbst, sondern ein von diesem zwischengeschaltetes Akquisitionsvehikel (*NewCo*). Da Holdinggesellschaften und Akquisitionsvehikel häufig nur mit geringen Eigenmitteln ausgestattet sind, will sich in der Regel keine Vertragspartei darauf einlassen, auf der Gegenseite lediglich mit einer solchen Zwischengesellschaft zu kontrahieren. Zur Sicherung wird verlangt, dass die wirtschaftlich hinter der Zwischengesellschaft stehende Partei für die Verpflichtungen der Zwischengesellschaft einsteht. Bei strategischen Käufern erfolgt dies meist im Wege einer Garantie. Die Garantie kann entweder im SPA selbst (*„Guarantor guarantees within the meaning of an absolute and independent guarantee all obligations and covenants undertaken by Purchaser under this Agreement, jointly and severally, and shall be jointly and severally liable for any obligations and liabilities of Purchaser arising out of or in connection with this Agreement“*) oder in einem gesonderten Dokument übernommen werden. Beim Erwerb durch Finanzinvestoren wird eine Einstandspflicht des Fonds oder einer solventen Zwischengesellschaft begründet durch einen *Equity Commitment Letter*, mit dem sich der Fonds oder die Zwischengesellschaft zum Einschuss von Eigenkapital verpflichten (siehe hierzu auch Erläuterungen zu Ziffer 6.1 (xii)).

Etwas mehr Formulierungsaufwand erfordern Fallgestaltungen, in denen die wirtschaftlich hinter der Zwischengesellschaft stehende Partei über die Garantie hinaus auch in anderer Weise in die Transaktion involviert ist. Zu denken ist hier z.B. an den nicht seltenen Fall, dass eine Konzernobergesellschaft oder ein Finanzinvestor eine Transaktion durch Mitarbeiter der eigenen Stabsabteilungen prüfen und vorbereiten lässt, der Abschluss der Transaktion dann aber durch ein Akquisitionsvehikel erfolgt. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob für anspruchsbegründende oder -ausschließende Umstände wie etwa die Kenntnis oder Unkenntnis bestimmter Tatsachen, die Einhaltung von Sorgfaltsstandards oder den Zugang von Erklärungen alleine auf das Akquisitionsvehikel als formale Vertragspartei oder auch auf die dahinter stehende Partei als wirtschaftliche Trägerin der Transaktion abzustellen ist. Hier sind sorgfältige Regelungen unabdingbar. Ob die hinter der Zwischengesellschaft stehende Partei zum Zwecke solcher

### III. Vertragsklauseln

#### 1. Certain Defined Terms and Abbreviations

In this Agreement, except where set forth otherwise, the following terms and abbreviations shall have the following meanings:

„Affiliates“: any individual persons or Legal Entities who or which are affiliated enterprises (*verbundene Unternehmen*) within the meaning of Section 15 AktG.

„AktG“: the German Stock Corporation Act (*Aktiengesetz*).

„Ancillary Financial Charges“: any redemption fees, termination fees, penalties, late-payment fees, premium, expenses or other amounts which a creditor is entitled to charge in connection with the repayment or termination of a credit or a delay or default in connection with a payment obligation and which have not been paid as of the Effective Date.

„AO“: the German Tax Code (*Abgabenordnung*).

„Authority“: any body of the public administration (*Behörde*), whether governmental, federal, state, municipal or other, within the meaning of Section 1 (4) of the German Federal Public Administration Act (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) or under the laws of any other jurisdiction.

„BGB“: the German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch*).

„Business Days“: any days other than Saturdays, Sundays and public holidays in [\_\_].

„Director“: any member of the supervisory board (*Mitglied des Aufsichtsrats*), non-executive member of the board of directors or member of any other statutory non-executive or supervisory body of any Legal Entity in any jurisdiction.

„Equity Interests“: any shares, partnership interests or other equity interests or voting rights in any Legal Entity.

„GAAP“: accounting (including valuation and consolidation) principles generally accepted in the stated jurisdiction, including self-regulations and standards set by standard-setting institutions operating subject to such principles.

„GmbH“: the German Act on Limited Liability Companies (*Gesetz betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung*).

„HGB“: the German Commercial Code (*Handelsgesetzbuch*).

„IFRS“: the International Financial Reporting Standards, including the Framework for the Preparation and Presentation of Financial Statements and the International Financial Reporting Interpretations, all as adopted on the date of this Agreement by the International Accounting Standards Board (IASB).

„Legal Entity“: any corporation, company, partnership, association or other legal entity, whether having separate legal personality or not, established pursuant to the laws of any jurisdiction.

„Officer“: any managing director (*Geschäftsführer*), member of the management board (*Mitglied des Vorstandes*) or any other statutory executive representative (*gesetzlicher Vertreter*) of any Legal Entity in any jurisdiction.

„Related Parties“: any individual persons or Legal Entities who or which are (i) Affiliates or (ii) relatives (*Angehörige*) within the meaning of Section 15 of the German Tax Code (*Abgabenordnung – AO*).

„Representatives“: the Directors, Officers, employees, agents, consultants and professional advisers of any individual person or Legal Entity.

„Taxes“: all direct, indirect or ancillary taxes, duties, withholdings, imposts, levies and social security or other similar contributions imposed by any regional, national or other authority or body, and all related charges, interest, penalties, fines and expenses as well as social security contributions including, without limitation, any taxes, levies or duties within Section 3 AO, in each case payable by any Group Entity.

„UmwG“: the German Transformation Act (*Umwandlungsgesetz*).

#### Erläuterungen

Aus der anglo-amerikanischen Vertragspraxis kommend hat sich auch in der Gestaltung von Verträgen nach deutschem Recht der intensive Gebrauch definierter Begriffe eingebürgert. Ein definierter Begriff ist ein im Vertrag festgelegter Sammelbegriff für eine Reihe ähnlich strukturierter oder sonst aufeinander bezogener Tatbestandsmerkmale.

Die Verwendung definierter Begriffe verbessert die Präzision der vertraglichen Regelungen und hilft, den Vertragstext von überflüssigen Wiederholungen zu entlasten und damit lesbarer und verständlicher zu machen. Außerdem erleichtern definierte Begriffe die Kommunikation der Parteien in den Vertragsverhandlungen und die Erstellung von begleitenden Dokumenten wie Gesprächspunktuationen, Listen mit offenen Punkten, Vertragszusammenfassungen etc. Vor einem zu exzessiven Gebrauch definierter Begriffe sei allerdings gewarnt. Er kann die Bemühungen um Lesbarkeit und Verständlichkeit ins Gegenteil verkehren.

In englischsprachigen Verträgen lassen sich definierte Begriffe durch Großschreibung kenntlich machen. In deutschsprachigen Verträgen wird gelegentlich versucht, denselben Effekt durch Fettdruck, Kursivschrift oder die durchgängige Verwendung von Großbuchstaben zu erzielen. Dies sieht künstlich aus und springt beim Lesen unangenehm ins Auge. In einem deutschsprachigen Vertrag sollte daher auf eine solche Kennzeichnung verzichtet werden. Die Eigenschaft als definierter Begriff ergibt sich dann aus den entsprechenden Definitionen im Vertrag.

Ob die Begriffe innerhalb des Vertragstextes definiert werden (dort, wo sie zum ersten Mal gebraucht werden) oder die Definitionen, wie in der anglo-amerikanischen Vertragspraxis üblich, zu Beginn des Vertrages in einer eigenen Definitions-Klausel vor die Klammer gezogen werden, ist Geschmacks- und Praktikabilitätsfrage. Definierte Begriffe vor die Klammer zu ziehen, erleichtert das rasche Auffinden, erschwert aber wegen der Herauslösung der Begriffe aus ihrem Kontext die Verständlichkeit. Für das vorliegende Vertragsmuster wurde daher ein Mittelweg gewählt: Die Definition von Begriffen mit allgemeiner Bedeutung erfolgt in Ziffer 1, während Begriffe, für deren Bedeutung es auf den Kontext der vertraglichen Regelungen ankommt, an der entsprechenden Stelle im Vertragstext definiert werden. Sinnvoll ist es in jedem Fall, dem Vertrag ein Verzeichnis der definierten Begriffe und verwendeten Abkürzungen voranzustellen.

## 2. Current Status

**2.1 Company.** [\_\_] GmbH (the „Company“), [address of principal place of business], is a limited liability company established under the laws of Germany with its stated domicile at [\_\_] and registered with the commercial register at the local court (*Amtsgericht*) of [\_\_] under HRB [\_\_]. The stated capital (*Stammkapital*) of the Company amounts to [DEM/EUR] [\_\_]. [The Company is the owner of real estate.]

**2.2 Shares.** Seller holds [\_\_] per cent of the stated capital of the Company consisting of the following shares (the „Shares“):

Number of Share	Nominal Amount(s)
[__]	[__]

The other shares in the Company are held as follows:

Shareholder	Number of Share	Nominal Amount
[__]	[__]	[__]

**2.3 Subsidiaries; Group Entities.** The Company holds, directly or indirectly, Equity Interests in other Legal Entities (the „Subsidiaries“) as shown (in each case with the number and nominal amount, if applicable, or par value, of such Equity Interests) in Exhibit 2.3. The Company and the Subsidiaries shall be collectively referred to as the „Group Entities“ and the Interests of the Company in any Group Entity, or of any Group Entity in any other Group Entity, as the „Subsidiary Interests“.

The other holders of Equity Interests in the Subsidiaries (in each case with the number and nominal amount, if applicable, or par value, of their Equity Interests) are also shown in Exhibit 2.3.

**2.4 Corporate Documents.** Exhibit 2.4 includes for each Group Entity a list (stating for each document listed the type and date) of (i) the current commercial register extract (or, in the case of foreign Group Entities, an equivalent document); (ii) pending register applications (or equivalent documents), if any; (iii) the current version of the articles of association or partnership agreement (or equivalent document or agreement); and (iv) any pending shareholder or partner resolutions or other statements to change such articles or agreement (the documents listed in Exhibit 2.4 collectively the „Corporate Documents“).

**2.5 Shareholders' Agreement.** Exhibit 2.5 includes for each Group Entity a list (stating for each document listed the title, parties

and date) of all agreements between Seller, Seller's Affiliates or any Group Entity on the one side and any other holder of any Equity Interest in any Group Entity and/or any other third party on the other side that relate to the holding of any Equity Interest in such Group Entity (the agreements listed in Exhibit 2.5 collectively the „Shareholders' Agreements“).

**2.6 Intragroup Financing Relationships.** Exhibit 2.6[-1] includes a list of all intragroup financing relationships between Seller and Seller's Affiliates on the one side and the Group Entities on the other side existing on the date of this Agreement (the „Intragroup Financing Relationships“), including, without limitation, shareholder loans of Seller or Seller's Affiliates to the Group Entities and/or upstream loans of the Group Entities to Seller or Seller's Affiliates. In particular, Seller, Seller's Affiliates and the Group Entities are parties to a cash pooling arrangement under the [ ] agreement dated [ ] (the „Cash Pooling Agreement“)[], as described in/copies of which are attached as Exhibit 2.6[-2]. Exhibit 2.6[-1] includes for all Intragroup Financing Relationships the principal amounts, interest rates and amounts outstanding (including interest accrued and Ancillary Financial Charges) as of [[ ]/the date of this Agreement] (the „Intragroup Balances“). Intragroup Balances in favor of Seller or Seller's Affiliates, including interest accrued and Ancillary Financial Charges, shall in the following be referred to as „Seller Intragroup Balances“. Intragroup Balances in favor of the Group Entities, including interest accrued and Ancillary Financial Charges, shall in the following be referred to as „Group Entities Intragroup Balances“.

- *Falls zwischen dem Verkäufer und der Zielgesellschaft ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag besteht:*

**2.7 DPT Agreement.** Seller as dominating party and the Company as dominated party are parties to a domination and profit transfer agreement (*Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag*) dated [ ] (the „DPT Agreement“)[], a copy of which is attached as Exhibit 2.7.

#### Erläuterungen

- |                                |                                |
|--------------------------------|--------------------------------|
| 1. Erläuterungen zu Ziffer 2.1 | 5. Erläuterungen zu Ziffer 2.5 |
| 2. Erläuterungen zu Ziffer 2.2 | 6. Erläuterungen zu Ziffer 2.6 |
| 3. Erläuterungen zu Ziffer 2.3 | 7. Erläuterungen zu Ziffer 2.7 |
| 4. Erläuterungen zu Ziffer 2.4 |                                |

Der Vertragstext beginnt üblicherweise mit einer Darstellung des Ist-Zustands (*Current Status*) des Zielunternehmens, d.h. der Zielgesellschaft (*Company*) und ihrer Tochtergesellschaften (*Subsidiaries*; zusammen mit der Company die *Group Entities*).

#### 1. Erläuterungen zu Ziffer 2.1

Die Zielgesellschaft muss im Vertrag eindeutig identifiziert werden (zumindest durch Firma und Sitz, besser noch durch Angabe des Registergerichts und der Registernummer). Gleches gilt für die Höhe ihres Stammkapitals. Die Aussage zum Grundbesitz der Zielgesellschaft dient als Hinweis auf die möglicherweise erforderliche Prüfung grunderwerbsteuerlicher Fragen.

#### 2. Erläuterungen zu Ziffer 2.2

Falls das Vertragsmuster nicht nur den Verkauf, sondern auch die Abtretung der verkauften Geschäftsanteile regelt (siehe hierzu Erläuterungen zu Ziffer 3.1), müssen wegen des Bestimmtheitsgrundsatzes Anzahl und Stückelung der Geschäftsanteile genau bezeichnet werden. Dies gilt auch, wenn sich die Anteile in der Hand ein- und desselben Verkäufers befinden. Eine lediglich pauschale Bezeichnung wäre für den bloßen Verkauf akzeptabel, macht aber die Abtretung nichtig.<sup>61</sup>

Hält der Verkäufer mehrere Anteile in gleichen Nennbeträgen und werden nicht alle diese Anteile verkauft, so müssen die verkauften Anteile wegen des Bestimmtheitsgrundsatzes noch weiter individualisiert werden, z.B. durch Beschreibung ihrer Historie, d.h. aus welchen Anteilen sie entstanden sind oder von wem sie ursprünglich übernommen worden waren.

Ist die Zielgesellschaft eine GmbH, so können Gegenstand sowohl des Verkaufs als auch der Abtretung erst künftig entstehende Geschäftsanteile, etwa solche aus einer erst noch zu beschließenden oder einzutragenden Kapitalerhöhung, sein. Dies ist dann im Vertrag zu erläutern. Die Übertragung noch nicht entstandener Aktien ist hingegen ausgeschlossen (vgl. Exkurs zu Ziffer 3).

Falls der Käufer nicht alle Geschäftsanteile der Zielgesellschaft erwirbt, wird er wissen wollen, wer die anderen Gesellschafter sind und welche Anteile sie jeweils halten. Daher ist auch dies im Vertrag festzuhalten. Die Richtigkeit dieser Angaben ist Gegenstand der Representations des Verkäufers in Ziffer 7.2.1 und 7.2.3.

**3. Sale and Transfer of Shares and Seller Intragroup Balances; Termination of Cash Pooling and DPT Agreement**

**3.1 Sale and Transfer of Shares and Seller Intragroup Balances.**

Seller hereby sells (*verkauft*) to Purchaser the Shares and the Seller Intragroup Balances. Subject to the condition precedent (*aufschiebende Bedingung*) of the occurrence of the Closing, Seller hereby transfers (*tritt ab*) to Purchaser the Shares and the Seller Intragroup Balances. The transfer shall become legally effective [with the occurrence of the Closing/as of the logical second between the Closing Date, 12.00 pm and the date following the Closing Date, 0.00 am.]

**3.2 Ancillary Rights.** The sale and transfer of the Shares shall include all ancillary rights appertaining thereto (*Nebenrechte*), including the rights to any undistributed but distributable profits.

- *Falls Zustimmung der Gesellschafterversammlung der Zielgesellschaft zur Übertragung von Geschäftsanteilen erforderlich ist:*

**3.3 Consent of Shareholders' Meeting of the Company.** By written shareholders' resolution dated [\_\_], a copy of which is attached as Exhibit 3.3, the shareholders' meeting of the Company granted its consent to the sale and transfer of the Shares under this Agreement as required by Section [\_\_] of the articles of the Company.

- *Falls Zustimmung des Ehegatten des Verkäufers erforderlich ist:*

**3.4 Consent of Seller's Spouse.** By written statement dated [\_\_], a copy of which is attached as Exhibit 3.4, Seller's spouse consented to this Agreement and the sale and transfer of the Shares hereunder as required by Section 1365 BGB.

- *Falls die Finanzierungsbeziehungen zwischen der Zielgesellschaft, ihren Tochtergesellschaften und der Verkäufer-Gruppe in einem Cash Pooling bestehen:*

**3.5 Termination of Cash Pooling and Netting of Positions.** Two (2) Business Days prior to the scheduled date of the Closing Seller shall terminate, and shall cause [any Seller's Affiliates involved in the cash pooling with the Group Entities and] the Group Entities to terminate, the Cash Pooling Agreement for the Group Entities with effect as of the end of the [Business Day immediately pre-

ceding the] scheduled date of the Closing. Following such termination Seller shall bilaterally net (*verrechnen*), and shall cause [the relevant Sellers' Affiliates and] the Group Entities to bilaterally net, their mutual positions under the Cash Pooling Agreement in order to determine between Seller and each relevant Seller's Affiliate on the one side and each Group Entity on the other side the balance of such positions as of termination of the Cash Pooling Agreement. Seller shall provide Purchaser with written evidence of the termination and the netting of positions, including the amounts of the resulting balances.

- *Falls zwischen dem Verkäufer und der Zielgesellschaft ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag besteht und die Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags unter Änderung des Geschäftsjahres der Zielgesellschaft mit Wirkung zum Ende des Rumpfgeschäftsjahrs erfolgen soll:*

**3.6 Termination of DPT Agreement.** As soon as reasonably practical after the date of this Agreement Seller shall take without undue delay all actions reasonably necessary to change the fiscal year (*Geschäftsjahr*) of the Company so as to turn the current fiscal year into a short fiscal year (*Rumpfgeschäftsjahr*) ending on [\_\_] or on such other date as Seller and Purchaser agree upon in writing.

- (i) If at the time of the scheduled Closing the change of the fiscal year has been registered in the commercial register, at Closing Seller shall

- (a) execute, and cause the Company to execute, an agreement (*Aufhebungsvereinbarung*) terminating the DPT Agreement with effect as of the end of the short fiscal year, substantially in the form of the draft attached as Exhibit 3.6 (i) („DPT Termination Agreement“); and

- *Falls nach der örtlichen Handelsregister-Praxis erforderlich:*

- (b) adopt in notarially recorded form a shareholders resolution of the Company approving the termination of the DPT Agreement by the DPT Termination Agreement.

Furthermore, as a precautionary measure, Seller shall immediately after Closing deliver to the Company in accordance with Section [\_\_] of the DPT Agreement a written extraordinary notice of termination for cause (*außor-dentliche Kündigung aus wichtigem Grund*) of the DPT Agreement with immediate effect based on the sale and

transfer of the Shares to Purchaser (the „DPT Termination Notice“).

- (ii) If at the time of the scheduled Closing the change of the fiscal year has not been registered in the commercial register, Seller shall immediately after Closing deliver to the Company the DPT Termination Notice and Seller and Purchaser shall execute, and Purchaser shall cause the Company to execute, a joint written confirmation of Seller, Purchaser and the Company confirming the validity of the termination by extraordinary notice, substantially in the form of the draft attached as Exhibit 3.6 (ii) (the „DPT Termination Confirmation“).
- (iii) In each case, Seller shall prior to and at the Closing, and Purchaser shall after the Closing, cause the managing directors of the Company to report the termination of the DPT Agreement for registration in the commercial register and to use reasonable efforts to procure that the termination will be registered in the commercial register without undue delay.

**3.7 Preparation[, Audit] and Approval of German GAAP Financial Statements.** In order to determine for the[ portion of the] fiscal year ending with the termination of the DPT Agreement Seller's claim, if any, against the Company for transfer of the Company's profit (the „Profit Transfer Claim“) or the Company's claim, if any, against Seller for compensation of the Company's loss (the „Loss Compensation Claim“), prior to the Closing Seller shall cause, and after the Closing Purchaser shall cause, the Company to prepare as soon as reasonably practical after the termination of the DPT Agreement interim financial statements (*Zwischenabschluss*) of the Company under German GAAP for the[ portion of the] fiscal year ending with the termination of the DPT Agreement (the „German GAAP Financial Statements“)[, to have the German GAAP Financial Statements audited by the Company's auditors], and to have the German GAAP Financial Statements approved (*festgestellt*) by shareholders resolution of the Company. Unless required otherwise by German GAAP, to the preparation of the German GAAP Financial Statements Sections 5.1.1 and 5.1.3 shall apply *mutatis mutandis*. For the purposes of this Agreement the German GAAP Financial Statements shall be considered final and binding once they have been prepared by the Company[, audited with an unqualified audit opinion being granted] and approved by

shareholders resolution of the Company. The Parties shall use reasonable efforts to cause the preparation[, audit] and approval of the German GAAP Financial Statements Section to be completed as soon as possible. For the avoidance of doubt, the German GAAP Financial Statements shall serve solely to determine the Profit Transfer Claim or Loss Compensation Claim, as the case may be, and shall not be prejudicial in any manner for any other financial items in the Effective Date Financial Statements.

#### Erläuterungen

- |  |  |
|--|--|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Erläuterungen zu Ziffer 3.1</li> <li>2. Exkurs: Übertragung von Aktien</li> <li>3. Exkurs: Übertragung von Anteilen an Personengesellschaften</li> <li>4. Exkurs: Behandlung von konzerninternen Finanzierungsbeziehungen</li> <li>5. Erläuterungen zu Ziffer 3.2</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>6. Erläuterungen zu Ziffer 3.3 und 3.4</li> <li>7. Erläuterungen zu Ziffer 3.5</li> <li>8. Erläuterungen zu Ziffer 3.6</li> <li>9. Erläuterungen zu Ziffer 3.7</li> <li>10. Exkurs: Übertragung weiterer Vermögensgegenstände</li> <li>11. Exkurs: Legitimation des Käufers gegenüber der Gesellschaft</li> </ol> |
|--|--|

#### 1. Erläuterungen zu Ziffer 3.1

Das SPA beinhaltet zunächst den Verkauf (*Sale*) der Geschäftsanteile. Hinsichtlich der Übertragung (*Transfer*) der Geschäftsanteile an den Käufer gibt es zwei Möglichkeiten: Abtretung ebenfalls im SPA, aufschiebend bedingt auf die Durchführung des Closings (siehe Ziffer 3.1 des Vertragsmusters), oder Abtretung mittels separater Abtretungsvereinbarung beim Closing. Bis zum Inkrafttreten des MoMiG tendierte die Praxis aus Effizienz- und Kostengründen (keine Beurkundungsgebühr für eine separate Abtretungsurkunde) zur aufschiebend bedingten Abtretung im SPA. Bei dieser Gestaltung konnte das Closing in vielen Fällen ohne Einschaltung eines Notars durchgeführt werden.

Aufgrund der durch das MoMiG bewirkten Aufwertung der Gesellschafterliste für die Legitimation des Käufers als neuem Gesellschafter der Zielgesellschaft (siehe nachstehend sonstige Erläuterungen zu Ziffer 3 lit. b sowie Erläuterungen zu Ziffer 6.5) könnte sich allerdings in bestimmten Konstellationen eine separate Abtretungsvereinbarung empfehlen. Dies ist etwa der Fall, wenn das SPA von einem ausländischen Notar beurkundet wird und die Verpflichtung zur Einreichung der Gesellschafterliste damit nicht beim Notar sondern

#### 4. Purchase Price; Payments[; Escrow]

##### 4.1 Purchase Price

**4.1.1 Total Purchase Price.** The total purchase price for the Shares and the Seller Intragroup Balances (the „Total Purchase Price“) shall be the sum of the Share Purchase Price and the Seller Intragroup Balances Purchase Price.

**4.1.2 Share Purchase Price.** The purchase price for the Shares (the „Share Purchase Price“) shall be the sum of:

- (i) EUR [\_\_] (in words Euro [\_\_]) (the „Base Amount“);
  - (ii) minus the consolidated Financial Debt of the Group Entities as of the Effective Date (the „Effective Date Financial Debt“);
  - (iii) plus the consolidated Cash of the Group Entities as of the Effective Date (the „Effective Date Cash“);
  - (iv) minus [or plus] the amount by which the consolidated Net Working Capital of the Group Entities as of the Effective Date (the „Effective Date Net Working Capital“) falls short of [or exceeds] EUR [\_\_] (in words Euro [\_\_]) (the „Effective Date Net Working Capital Shortfall [or Excess“]); and
  - (v) ggf. weitere Hinzurechnungs- oder Abzugsposten]
- all as included in the Effective Date Financial Statements.

**4.1.3 Seller Intragroup Balances Purchase Price.** The purchase price for the Seller Intragroup Balances (the „Seller Intragroup Balances Purchase Price“) shall be the amount of the Seller Intragroup Balances as of the Effective Date as included in the Effective Date Financial Statements.

##### 4.1.4 Definitions

- (i) „Effective Date“ shall be [\_\_]/the Closing Date], for the avoidance of doubt immediately prior to any payments to be made under this Agreement at Closing.
- *Falls die Begriffe Financial Debt, Cash und Net Working Capital im Vertrag selbst definiert werden sollen:*
- (ii) „Financial Debt“ shall mean the sum of the following financial items (in each case together with all accrued interest and any Ancillary Financial Charges):

- *Falls der Kaufpreis auf der Grundlage von Abschlüssen der Zielgesellschaft nach HGB ermittelt werden soll:*

- (a) bonds (Anleihen) within the meaning of Section 266 (3) C no. 1 HGB, liabilities to banks (Verbindlichkeiten gegenüber Kreditinstituten) within the meaning of Section 266 (3) C no. 2 HGB and liabilities under promissory notes (Wechselverbindlichkeiten) within the meaning of Section 266 (3) C no. 5 HGB, except for liabilities qualifying as trade accounts payable pursuant to Section 4.1.4 (iv)(f);
- (b) any Seller Intragroup Balances [and any other liabilities of the Group Entities to Seller or Seller's Affiliates (Verbindlichkeiten gegenüber verbundenen Unternehmen) within the meaning of Section 266 (3) C no. 6 HGB, except for liabilities to other Group Entities and for liabilities qualifying as trade accounts payable, and liabilities of the Group Entities to enterprises that hold an interest in the Group Entities or in which the Group Entities hold an interest (Verbindlichkeiten gegenüber Unternehmen, mit denen ein Beteiligungsverhältnis besteht) within the meaning of Section 266 (3) C no. 7 HGB, except for liabilities to other Group Entities and for liabilities qualifying as trade accounts payable];

- (c) any Profit Transfer Claims;

- *Falls der Kaufpreis auf der Grundlage von Abschlüssen der Zielgesellschaft nach IFRS oder US-GAAP ermittelt werden soll:*

- (a) any borrowing, or indebtedness in the nature of borrowing, including, without limitation, any indebtedness for monies borrowed or raised under any bank or third-party guarantee, acceptance credit, bond, note, promissory note, bill of exchange, commercial paper, letter of credit, or any other transaction having the commercial effect of a borrowing;
- (b) the Seller Intragroup Balances [and any other liabilities of the Group Entities to Seller or Seller's Affiliates [or to enterprises that hold an interest in the Group Entities or in which the Group Entities hold an interest], in each case except for liabilities to other Group Entities and for liabilities qualifying as trade accounts payable];

- (c) any Profit Transfer Claims;
- *In beiden Fällen je nach Verhandlungsergebnis möglicherweise zusätzlich folgende Positionen:*
  - (d) the present value (*Barwert*) of the payment obligations under any finance lease, hire purchase agreement, forward sale or purchase agreement, conditional sale agreement or similar arrangement that has been or, in accordance with [IFRS]/[US-GAAP] is required to be, recorded as capital leases;
  - (e) all other payment obligations that have been deferred, or that are outstanding, for a period in excess of [ninety (90)] days;
  - *Falls die Unterdeckung der Pensionsverbindlichkeiten als Finanzverbindlichkeit behandelt werden soll:*
  - (f) the amount by which the pension liabilities of the Group Entities, understood as the [Defined Benefit Obligation (DBO) pursuant to IAS 19/Projected Benefit Obligation (PBO) pursuant to FAS 87] [minus the market value of any Plan Assets pursuant to IAS 19/FAS 87] of the Group Entities determined in accordance with the valuation principles set forth in Exhibit 4.1.4 (ii)(f), exceed the amount of EUR [\_\_\_\_\_] (in words Euro [\_\_\_\_]);
  - *Falls die Summe sämtlicher Pensionsverpflichtungen als Finanzverbindlichkeit behandelt werden soll:*
  - (f) the amount of the pension liabilities of the Group Entities, understood as the [Defined Benefit Obligation (DBO) pursuant to IAS 19/Projected Benefit Obligation (PBO) pursuant to FAS 87] [minus the market value of any Plan Assets pursuant to IAS 19/FAS 87] of the Group Entities determined in accordance with the valuation principles set forth in Exhibit 4.1.4 (ii)(f);
  - *Falls Steuer- und sonstige Rückstellungen als Finanzverbindlichkeiten behandelt werden sollen:*
  - (g) all other accruals (*Rückstellungen*), including accruals for taxes (*Steuerrückstellungen*) and tax liabilities (*Steuerverbindlichkeiten*) (in each case other than VAT) [; and
  - (h) *ggf. weitere Financial Debt-Positionen*.

- (iii) „Cash“ shall mean the sum of the following financial items:
    - *Falls der Kaufpreis auf der Grundlage von Abschlüssen des Zielunternehmens nach HGB ermittelt werden soll:*
      - (a) cash on hand (*Kassenbestand*), central bank deposits (*Bundesbankguthaben*), demand deposits with banks (*Guthaben bei Kreditinstituten*) and cheques (*Schecks*) within the meaning of Section 266 (2) B IV HGB[, but excluding any Trapped Cash];
      - (b) any Group Entities Intragroup Balances [and any other receivables of the Group Entities from Seller or Seller's Affiliates, in each case except for receivables qualifying as trade accounts payable][; and
      - (c) any Loss Compensation Claims[; and
      - (d) *ggf. weitere Cash-Positionen*].
    - *Falls der Kaufpreis auf der Grundlage von Abschlüssen des Zielunternehmens nach IFRS oder US-GAAP ermittelt werden soll:*
      - (a) cash on hand, demand deposits with banks and short-term, highly liquid investments that are readily convertible to a known amount of cash, and that are subject to an insignificant risk of changes in value, cheques[, but excluding any Trapped Cash];
      - (b) any Group Entities Intragroup Balances [and any other receivables of the Group Entities from Seller or Seller's Affiliates, in each case except for receivables qualifying as trade accounts payable][; and
      - (c) any Loss Compensation Claims[; and
      - (d) *ggf. weitere Cash-Positionen*].
- [„Trapped Cash“ shall mean any cash or cash equivalents to the extent that they are not accessible to the Company without deduction or withholding or additional cost (other than ordinary bank charges) within a period of [thirty (30)] days.]
- (iv) „Net Working Capital“ shall mean
  - *Falls der Kaufpreis auf der Grundlage von Abschlüssen des Zielunternehmens nach HGB ermittelt werden soll:*
    - the sum of ((a) to (d)) minus ((e) to (h)) where:

- (a) means inventories (*Vorräte*) within the meaning of Section 266 (2) B I HGB;
  - (b) means trade accounts receivable (*Forderungen aus Lieferungen und Leistungen*) within the meaning of Section 266 (2) B II no. 1 HGB;
  - (c) means accounts receivable from Seller or Seller's Affiliates (*Forderungen gegen verbundene Unternehmen*) within the meaning of Section 266 (2) B II no. 2 HGB;
  - (d) means accounts receivable from individual persons or Legal Entities that hold an interest in the Group Entities or in which the Group Entities hold an interest, other than Seller or Seller's Affiliates (*Forderungen gegen Unternehmen, mit denen ein Beteiligungsverhältnis besteht*) within the meaning of Section 266 (2) B II no. 3 HGB;
  - (e) means prepayments received (*erhaltene Anzahlungen auf Bestellungen*) within the meaning of Section 266 (3) C no. 3 HGB;
  - (f) means trade accounts payable (*Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen*) within the meaning of Section 266 (3) C no. 4 HGB;
  - (g) means accounts payable to Seller or Seller's Affiliates (*Verbindlichkeiten gegenüber verbundenen Unternehmen*) within the meaning of Section 266 (3) C no. 6 HGB; and
  - (h) means accounts payable to individual persons or Legal Entities that hold an interest in the Group Entities or in which the Group Entities hold an interest, other than Seller or Seller's Affiliates (*Verbindlichkeiten gegenüber Unternehmen mit denen ein Beteiligungsverhältnis besteht*) within the meaning of Section 266 (3) C no. 7 HGB;
- in each case unless the respective receivable or payable constitutes Financial Debt.
- *Falls der Kaufpreis auf der Grundlage von Abschlüssen des Zielunternehmens nach IFRS oder US-GAAP ermittelt werden soll (hier einfache Definition):*  
the current assets of the Group Entities (but excluding Cash and Trapped Cash) less the current liabilities of the Group Entities (but excluding Financial Debt).

- *Falls die Begriffe Financial Debt, Cash und Net Working Capital nicht im Vertrag selbst, sondern durch Bezugnahme auf den Kontenrahmen des Zielunternehmens oder des Verkäufers oder in einer sonstigen Vertragsanlage definiert werden sollen:*
    - (ii) „Financial Debt“, „Cash“ and „Net Working Capital“ shall mean the balance of the financial items marked as Financial Debt, Cash and Net Working Capital in Exhibit 4.1.4.
- #### 4.2 Payments
- ##### 4.2.1 Payment of Preliminary Total Purchase Price.
- At Closing Purchaser shall in accordance with Section 6.5 pay on account of the Total Purchase Price the amount of EUR [ ] (in words Euro [ ]) (the „Preliminary Total Purchase Price“). Such payment shall be made
- (i) in the following amounts on behalf of Seller and/or the following Seller's Affiliates to the following Group Entities in discharge of the respective Group Entities Intragroup Balances (the „Preliminary Group Entities Balances Payments“):
- | From (Seller or Seller's Affiliate) | To (Group Entity) | Amount |
|-------------------------------------|-------------------|--------|
| [ ]                                 | [ ]               | [ ]    |
- *Falls zwischen Verkäufer und Zielgesellschaft ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag besteht und hieraus eine Verpflichtung des Verkäufers zum Verlustausgleich zu erwarten ist:*
  - (ii) in the amount of EUR [ ] (in words Euro [ ]) on account of Seller's obligation to satisfy the Loss Compensation Claim (the „Preliminary Loss Compensation Payment“);
  - (iii) in the amount of EUR [ ] (in words Euro [ ]) to Seller (the „Preliminary Seller Cash Payment“)[; and]
  - *Falls eine Absicherung des Käufers durch ein Escrow gewünscht ist:*
  - (iv) in the amount of EUR [ ] (in words Euro [ ]) to the Escrow Account (the „Escrow Payment“).

- Falls zwischen Verkäufer und Zielgesellschaft ein Be- herrschungs- und Gewinnabführungsvertrag besteht und hieraus eine Verpflichtung der Zielgesellschaft zur Ge- winnabführung zu erwarten ist:

**4.2.2 Preliminary Profit Transfer Payment.** At Closing Purchaser shall in accordance with Section 6.5 pay (i) to Seller on behalf of the Company the amount of EUR [ ] (in words Euro [ ]) on account of the Company's obligation to satisfy the Profit Transfer Claim (the „Preliminary Profit Transfer Payment“).

#### **4.2.3 Payments after Final Determination of Total Purchase Price**

- (i) If according to the final and binding Effective Date Financial Statements the Total Purchase Price exceeds the Preliminary Total Purchase Price, Purchaser shall pay an amount equal to such excess as follows:
  - (a) To the extent that the excess is the result of any Group Entities Intragroup Balance being higher than the corresponding Preliminary Group Entities Balances Payment, Purchaser shall satisfy its obligation to pay the excess amount by paying on behalf of Seller or the relevant Seller's Affiliates, as the case may be, the excess amount to the relevant Group Entities in discharge of the higher Group Entities Intragroup Balance; and
  - (b) any further excess amount shall be paid by Purchaser to Seller.
- (ii) If according to the final and binding Effective Date Financial Statements the Total Purchase Price falls short of the Total Preliminary Purchase Price, the shortfall amount shall be repaid to Purchaser as follows:
  - (a) To the extent that the shortfall is the result of any Group Entities Intragroup Balance being lower than the corresponding Preliminary Group Entities Balances Payment, Purchaser shall procure that those Group Entities which have received Group Entity Intragroup Payments exceeding the relevant Group Entities Intragroup Balances shall repay the excess amount to Purchaser; and
  - (b) any further shortfall amount shall be paid by Seller to Purchaser.

(iii) Any such amounts shall be paid within ten (10) Business Days of the Effective Date Financial Statements having become final and binding. Payments shall be with interest from the Closing Date to, but not including, the date of actual payment, at [ ]% p.a.

#### **4.2.4 Payments after Final Determination of Profit Transfer or Loss Compensation Claim**

- (i) To the extent that according to the final and binding German GAAP Financial Statements [the Profit Transfer Claim exceeds the Preliminary Profit Transfer Payment][, or the Loss Compensation Claim falls short of the Preliminary Loss Compensation Payment],
  - (a) Purchaser shall procure that the Company pays the excess or shortfall amount, together with interest owed under the DPT Agreement (or under statutory law, if higher), to Seller;
  - (b) to the extent that the excess or shortfall is not already reflected in the Effective Date Financial Statements and has therefore not already resulted in a reduction of the Total Purchase Price, the Total Purchase Price shall be considered reduced by the amount of the payment pursuant to lit. (i)(a) and Seller shall pay the amount of the reduction of the Purchase Price to Purchaser.
- (ii) If according to the final and binding German GAAP Financial Statements [the Profit Transfer Claim falls short of the Preliminary Profit Transfer Payment][, or the Loss Compensation Claim exceeds the Preliminary Loss Compensation Payment],
  - (a) Seller pay the excess or shortfall amount, together with interest owed under the DPT Agreement (or under statutory law, if higher), to the Company;
  - (b) to the extent that the excess or shortfall is not already reflected in the Effective Date Financial Statements and has therefore not already resulted in an increase of the Total Purchase Price, the Total Purchase Price shall be considered increased by the amount of the payment pursuant to lit. (ii)(a) and Purchaser shall pay the amount of the increase of the Purchase Price to Seller.

(iii) Any such amounts shall be paid simultaneously (*Zug-um-Zug*) within ten (10) Business Days as of the German GAAP Financial Statements having become final and binding

**4.2.5 Modes of Payment and Bank Accounts.** Any payments under this Section 4.2 shall be made by wire transfer in immediately available funds, value as of the relevant due date and free of bank and other charges, to the bank account of the entitled party set forth in Exhibit 4.2.5 or to such other bank account as the entitled party has designated by written notice to the obligated party at least three (3) Business Days in advance.

**4.2.6 Payment Confirmations.** Each Party shall instruct, and prior to Closing Seller and after Closing Purchaser shall cause the Group Entities to instruct, the bank designated by it for the receipt of any payments under this Section 4.2 to provide the party making the payment immediately upon receipt of the payment by email or telefax with a written confirmation of receipt (a „Payment Confirmation“). If the party making the payment does not receive the respective Payment Confirmation within five (5) Business Days after the bank instructed by such party had made the respective wire transfer, the Payment Confirmation shall be deemed substituted by a written confirmation by the bank having made the wire transfer that the wire transfer has been made. Such statement shall then be deemed to constitute the respective Payment Confirmation.

**4.2.7 Interest.** Any payments due under or in connection with this Agreement shall bear interest from and including the respective due date to, but not including, the date of receipt. The interest rate to be used during any given period of three months, starting on the date on which any payment is due, shall be [500] basis points over EURIBOR for three-month deposits as reported on the first day of such three-month period (the „Applicable Interest Rate“).

#### 4.3 Escrow

- *Falls die Verwaltung des Escrow Account einem noch zu bestimmenden Escrow Agent anvertraut werden soll:*

**4.3.1 Escrow Agent and Escrow Account.** Prior to the Closing, Seller and Purchaser shall jointly appoint [ ] [*alternativ:* a reputable individual person or legal entity to be designated by Seller and Purchaser jointly] to serve as their joint agent to receive and hold on behalf of both Parties the Escrow Amount

(the „Escrow Agent“). The Parties shall instruct the Escrow Agent to open a bank account to receive payment by Purchaser of the Escrow Amount (the „Escrow Account“).

[If the Parties cannot agree on the Escrow Agent within ten (10) Business Days of either Parties written request for such appointment, the Escrow Agent shall at the request of either Party be selected by the President of the German Federal Chamber of Attorneys (*Bundesrechtsanwaltskammer*) after consideration of the proposals and comments by the Parties.]

- *Falls anstelle eines Escrow Agents lediglich ein Escrow Account als Und-Konto eröffnet werden soll:*

**4.3.1 Escrow Account.** Prior to the Closing, Seller and Purchaser shall open with a reputable German bank to be designated by Purchaser (the „Escrow Bank“) a bank account to be jointly held by Seller and Purchaser („Und“-Konto, the „Escrow Account“) to receive payment by Purchaser of the Escrow Amount.

The funds in the Escrow Account shall serve as collateral for Purchaser with respect to any claims of Purchaser against Seller arising out of or in connection with this Agreement. Unless provided otherwise in this Agreement, the Escrow Account shall be subject to the terms and conditions agreed upon between Seller and Purchaser on the one side and the Escrow [Agent/Bank] on the other side.

- *Wenn die Rechte und Pflichten in Bezug auf das Escrow Account in einem förmlichen Escrow Agreement geregelt werden sollen, ist anstelle des letzten Satzes von Ziffer 4.3.1 folgender Satz vorzusehen:*

The terms and conditions regarding the Escrow Account shall be set forth in an agreement to be executed between Seller, Purchaser and the Escrow [Agent/Bank] prior to the Closing substantially in the form of the draft agreement attached as Exhibit 4.3.1 (the „Escrow Agreement“).

**4.3.2 Interest, Fees and Expenses.** Interest accrued on the Escrow Account shall be added to, and considered to be part of, and fees and expenses of the Escrow [Agent/Bank] shall be deducted from, the Escrow Amount.

**4.3.3 Releases from Escrow Account.** The Escrow [Agent/Bank] shall be instructed to release any funds on the Escrow Account only

- (i) in accordance with corresponding (*übereinstimmenden*) or joint written instructions from Seller and Purchaser;
- (ii) to Purchaser in such amounts in which payment claims of Purchaser against Seller under or in connection with this Agreement have been adjudicated by final court judgment (*rechtskräftiges gerichtliches Urteil*) or arbitral award (*Schiedsspruch*), in each case upon presentation by Purchaser of an original (*Ausfertigung*) of the respective judgment or award; or
- (iii) pursuant to Section 4.3.4.

**4.3.4 Final Release.** Within [ ] months after the Closing Date, the Escrow [Agent/Bank] shall release to Seller the funds then remaining in the Escrow Account after deduction of (i) the outstanding fees of the Escrow [Agent/Bank]; and (ii) the amounts of any outstanding payment claims that Purchaser has asserted against Seller by way of a duly filed complaint or request for arbitration (the „Final Claims“). The funds remaining in the Escrow Account after such release shall be released by the Escrow [Agent/Bank] pursuant to Section 4.3.3 (i) or (ii), or to Seller in the amounts of any Final Claims that have been denied by final court judgment or arbitral award, upon presentation by Seller of an original of the respective judgment or award.]

#### Erläuterungen

1. Einführung: Kaufpreis und Unternehmensbewertung
2. Erläuterungen zu Ziffer 4.1
3. Erläuterungen zu Ziffer 4.1.1
4. Erläuterungen zu Ziffer 4.1.2
5. Erläuterungen zu Ziffer 4.1.3
6. Erläuterungen zu Ziffer 4.1.4 (i) und (ii)
7. Exkurs: Bürgschaften und Garantien
8. Erläuterungen zu Ziffer 4.1.4 (iii) bis (iv)
9. Exkurs: Sonstiges zu Kaufpreisanpassungen
10. Exkurs: Locked Box
11. Erläuterungen zu Ziffer 4.2.1
12. Erläuterungen zu Ziffer 4.2.2
13. Erläuterungen zu Ziffer 4.2.3
14. Erläuterungen zu Ziffer 4.2.4
15. Erläuterungen zu Ziffer 4.2.5
16. Erläuterungen zu Ziffer 4.2.6
17. Erläuterungen zu Ziffer 4.3
18. Exkurs: Besondere Kaufpreisgestaltungen

Die Bestimmungen über den Kaufpreis für das Zielunternehmen sind das Kernstück des SPA. Sie sollen die Vorstellungen der Parteien über den Wert des Zielunternehmens in Einklang bringen und in eine vertragliche Regelung umsetzen. Dies verlangt von den vertragsgestaltenden Juristen ökonomischen Sachverstand und Sensibilität für die preisbestimmenden wirtschaftlichen Überlegungen der Parteien.

Eine Standard-Kaufpreisformel gibt es nicht. Kaufpreis-Bestimmungen sind so unterschiedlich wie die Zielunternehmen selbst und die Motive für ihren Erwerb. Die Bandbreite der Gestaltungen reicht vom schlichten Festpreis über Kaufpreisformeln in Abhängigkeit von Finanzkennzahlen bis zu komplexen Modellen, bei denen der Kaufpreis von der künftigen wirtschaftlichen Entwicklung des Zielunternehmens abhängt (*Earn-out*).

#### 1. Einführung: Kaufpreis und Unternehmensbewertung

Ausgangspunkt der Kaufpreisermittlung ist die von den Parteien zugrunde gelegte Bewertung des Zielunternehmens. Der vertragsgestaltende Jurist muss eine Unternehmensbewertung nicht selbst vornehmen können. Er sollte aber in der Lage sein, die von den Parteien vorgenommene Bewertung zumindest insoweit nachzuvollziehen, dass er sie in eine vertragliche Regelung umsetzen kann.<sup>90</sup>

Hinsichtlich der Verfahren zur Unternehmensbewertung unterscheidet man Einzelbewertungs-, Gesamtbewertungs- und Mischverfahren. Zu den letzteren zählt insbesondere das aus der vermögenssteuerlichen Bewertung stammende Stuttgarter Verfahren, das in vielen mittelständischen Gesellschaftsverträgen als Bewertungsverfahren bei Gesellschafterstreitigkeiten vorgesehen ist. In der M&A-Praxis hat es keine Bedeutung, so dass es hier nicht weiter vertieft wird.

**a) Einzelbewertungsverfahren.** Einzelbewertungsverfahren, zu denen insbesondere das früher weit verbreitete Substanzwertverfahren zählt, betrachten das Unternehmen als Summe seiner Bestandteile.<sup>91</sup> Der Wert der Bestandteile ist je nach Zielrichtung des Erwerbers ihr Wiederbeschaffungs- oder der Liquidationswert. Im Fortführungsfall entspricht der Substanzwert der Summe der Wiederbeschaffungswerte der betriebsnotwendigen Vermögensgegenstände, zuzüglich des Veräußerungswerts der nicht-betriebsnotwendigen Vermögensgegenstände, abzüglich der Veräußerungskosten und abzüglich der auf den Käufer übergehenden Schulden und Risiken. Im Liquidationsfall entspricht der Substanzwert dem in der Insolvenz erzielbaren Veräußerungswert sämtlicher Vermögensgegenstände, abzüglich der Veräußerungskosten und abzüglich der übergehenden Schulden und Risiken.

Die dem Substanzwertverfahren zugrunde liegende Vorstellung vom Unternehmen als Summe seiner Bestandteile gilt heute als überholt. Daher kommt das Substanzwertverfahren in der M&A-Praxis

## 5. Effective Date Financial Statements

### 5.1 Preparation of Effective Date Financial Statements

**5.1.1 Preparation by the Company.** Purchaser shall procure that the Company prepares within [sixty (60)] days of the Closing Date consolidated financial statements of the Group Entities as of the Effective Date (the „Effective Date Financial Statements“) consisting of

- (i) a balance sheet (*Bilanz*);
- (ii) a profit and loss statement (*Gewinn- und Verlustrechnung*); and
- (iii) a statement (the „Purchase Price Determination Statement“) setting forth
  - (a) the Effective Date Financial Debt;
  - (b) the Effective Date Cash;
  - (c) the Effective Date Net Working Capital and the Effective Date Net Working Capital Shortfall [or Excess];
  - (d) [ggf. weitere Hinzurechnungs- oder Abzugsposten gemäß Ziffer 4.1.2 (v)];
  - (e) the Seller Intragroup Balances and/or Group Entities Intragroup Balances;
  - (f) the Share Purchase Price;
  - (g) the Seller Intragroup Balances Purchase Price; and
  - (h) the Total Purchase Price.

The Effective Date Financial Statements shall be prepared in the English language in accordance with [German GAAP/ IFRS/US-GAAP] pursuant to the same regulations and principles as apply to consolidated annual financial statements in general. Any rights provided by applicable GAAP on whether to include and how to value items in the Effective Date Financial Statements (*Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechte*) shall be exercised [on a basis consistent with past practice of the Group Entities] [*alternativ*: in accordance with the accounting principles set forth in Exhibit 5.1.1]. If and to the extent that any breaches of Seller's covenants in Section 12.1 or 12.2 have resulted in the Effective Date Financial Debt being lower, or the Effective Date Cash, Effective Date Net

Working Capital being higher, than they were but for such breach of covenant, the breach of covenant shall for the purposes of preparing the Effective Date Financial Statements be ignored, i.e. the Effective Date Financial Statements shall be prepared as if such breach of covenant had not occurred.

**5.1.2 Review by Purchaser and Seller.** Purchaser shall procure that the Company submits the Effective Date Financial Statements within the period set forth in Section 5.1.1 to Purchaser and Seller for review and shall procure that the Group Entities make available to Purchaser, Seller and their professional advisers all documents and other data reasonably required by them to review the Effective Date Financial Statements. If and to the extent that the Effective Date Financial Statements were prepared or audited by the Group Entities' auditors, and subject to approval by such auditors, the review shall include the auditors' working papers and audit files relating to the Effective Date Financial Statements. Purchaser shall procure that the Group Entities use reasonable efforts to obtain the auditors' approval.

**5.1.3 Failure to Prepare and Submit the Effective Date Financial Statements.** If the Company fails to prepare and submit to Purchaser and Seller the Effective Date Financial Statements within the period set forth in Section 5.1.1, Seller shall have the right to prepare the Effective Date Financial Statements and shall be entitled to inform Purchaser in writing that it exercises such right. Purchaser shall make available, and procure that the Group Entities make available, to Seller and its professional advisers all documents and other data reasonably required by them to prepare the Effective Date Financial Statements. Seller shall prepare the Effective Date Financial Statements within [sixty (60)] days as of the date on which the documents and other data reasonably required by Seller and its professional advisers for the preparation of the Effective Date Financial Statements are provided to them. Purchaser shall notify Seller in writing of the commencement of such period, which shall be deemed to be accepted by Seller unless Seller objects in writing within [ten (10)] days of receipt of such written notification. If Seller fails to submit the Effective Date Financial Statements to Purchaser within such period, Seller shall lose its right to prepare the Effective Date Financial Statements and Purchaser shall be required to procure that the Company prepares the Effective Date Financial Statements pursuant to Section 5.1.1 within a further period

of [sixty (60)] days. If the Effective Date Financial Statements are prepared by Seller in accordance with this Section 5.1.3, only Purchaser shall have the right to review and object pursuant to Section 5.1.4.

**5.1.4 Objections of Purchaser or Seller.** Any objections of Purchaser or Seller to the Effective Date Financial Statements must be stated within [thirty (30)] days of receipt of the Effective Date Financial Statements and the documents and other data reasonably required pursuant to Sections 5.1.2 or 5.1.3 by such Party by providing the respective other Party with (i) a written statement of objections, specifying in reasonable detail the grounds for the objections; and (ii) a revised version of the Effective Date Financial Statements (the „Revised Effective Date Financial Statements“) taking such objections into account. If and to the extent that a Party does not state its objections in accordance with the requirements of this Section 5.1.4, the Effective Date Financial Statements shall with the expiration of such period be final and binding upon such Party.

**5.1.5 Costs.** The costs for the preparation of the Effective Date Financial Statements shall in the case of preparation by the Company be borne by the Company and in the case of preparation by Seller be borne by Seller. Each Party shall bear the costs of its own review of, and preparation of objections to, the Effective Date Financial Statements and preparation of the Revised Effective Date Financial Statements.

## 5.2 Resolution of Disputes

**5.2.1 Appointment of Neutral Auditor.** In case of any objections of either Party to the Effective Date Financial Statements in accordance with the requirements of Section 5.1.4, the Parties shall attempt in good faith to resolve such objections. If the Parties cannot resolve such objections within [thirty (30)] days of receipt by a Party of the other Party's written statement of objections and the Revised Effective Date Financial Statements, either Party may present the matter to a neutral auditor from an auditing firm of international standing to be jointly instructed by the Parties (the „Neutral Auditor“). If the Parties cannot agree on the Neutral Auditor within [ten (10) ] Business Days of either Party's written request for such instruction, the Neutral Auditor shall at the request of either Party be appointed by the German Institute of Chartered Accountants (*Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.*) after consideration of the proposals and comments by the

Parties. The Parties shall jointly instruct the Neutral Auditor to decide the issues in dispute in accordance with the provisions of this Agreement.

**5.2.2 Scope of Decisions of Neutral Auditor.** Unless jointly instructed otherwise by the Parties, the Neutral Auditor shall limit its decisions to the issues in dispute, but shall on the basis of such decisions and the undisputed parts of the Effective Date Financial Statements determine the Effective Date Financial Statements in their entirety. In respect of the issues in dispute, the decisions of the Neutral Auditor shall fall between the positions taken by the Parties. To the extent necessary, the Neutral Auditor shall also be entitled to decide on the interpretation of this Agreement. The Neutral Auditor shall act as an expert (*Schiedsgutachter*) and not as an arbitrator.

**5.2.3 Procedure.** The Parties shall make available to the Neutral Auditor the Effective Date Financial Statements, the statement of objections, the Revised Effective Date Financial Statements and all other documents and other data reasonably required by the Neutral Auditor to make the required decisions and determination. The Neutral Auditor shall immediately submit copies of all documents and other data made available by a Party to the respective other Party. Before deciding on the issues put to it by the Parties, the Neutral Auditor shall grant the Parties the opportunity to present their respective positions, which shall include the opportunity of at least one oral hearing in the presence of both Parties and their professional advisers. The Parties shall instruct the Neutral Auditor to use its best efforts to deliver its written opinion with reasons for the decisions as soon as reasonably practical, but not later than within [sixty (60)] days of the issues in dispute having been referred to the Neutral Auditor. Except for manifest error or intentional fault, the Neutral Auditor's decisions and the Effective Date Financial Statements as determined by the Neutral Auditor shall be final and binding upon the Parties for the purpose of determining the Purchase Price (except for any disputes on a breach of Seller's covenants under Section 12 and its effect on the Effective Date Financial Statements pursuant to the last sentence of Section 5.1.1, which dispute, in the absence of an amicable settlement by the Parties, shall be subject to being resolved by [litigation] [*alternativ:* arbitration] as provided for in Section 19.9).

**5.2.4 Costs.** The costs of the Neutral Auditor shall be borne by Seller and Purchaser pro-rata to the amounts by which the

Purchase Price as determined by the Parties in their respective Effective Date Financial Statements deviates from the Total Purchase Price set out in the Effective Date Financial Statements as determined by the Neutral Auditor.

#### Erläuterungen

- |  |  |
|--|--|
| 1. Erläuterungen zu Ziffer 5.1<br>2. Erläuterungen zu Ziffer 5.1.1<br>3. Erläuterungen zu Ziffer 5.1.2<br>4. Erläuterungen zu Ziffer 5.1.3<br>5. Erläuterungen zu Ziffer 5.1.4<br>6. Erläuterungen zu Ziffer 5.1.5 | 7. Erläuterungen zu Ziffer 5.2<br>8. Erläuterungen zu Ziffer 5.2.1<br>9. Erläuterungen zu Ziffer 5.2.2<br>10. Erläuterungen zu Ziffer 5.2.3<br>11. Erläuterungen zu Ziffer 5.2.4 |
|--|--|

#### 1. Erläuterungen zu Ziffer 5.1

Zur Ermittlung der für die Kaufpreisbestimmung maßgeblichen Parameter dient in der Regel ein besonderer, auf den maßgeblichen Stichtag (*Effective Date*) aufgestellter Abschluss, der Stichtagsabschluss. Der Stichtagsabschluss ist daher im Vertragsmuster bezeichnet als *Effective Date Financial Statements*. Effective Date kann der Tag des Closings sein oder ein vor dem Closing liegender Stichtag (siehe Erläuterungen zu Ziffer 4.1.4 lit. a). Ist das Effective Date der Tag des Closings wird der Stichtag häufig als *Closing Date Financial Statements* oder kurz *Closing Accounts* (in der UK-Praxis *Completion Accounts*) bezeichnet.

#### 2. Erläuterungen zu Ziffer 5.1.1

Die Bestimmung regelt die Erstellung des Stichtagsabschlusses. Zunächst stellt sich die Frage, wer den Stichtagsabschluss erstellt. Die Partei, die den Stichtagsabschluss selbst erstellt oder seine Erstellung durch die Zielgesellschaft kontrolliert, hat hierdurch für das weitere Verfahren und das Ergebnis einen nicht unbedeutenden Startvorteil. Soweit nach den maßgeblichen vertraglichen Bestimmungen Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechte verbleiben, kontrolliert sie deren Ausübung. Außerdem bürdet sie der anderen Partei die Begründungslast für etwaige Beanstandungen des Stichtagsabschlusses auf. Daher werden sich in der Regel beide Parteien bemühen, die Erstellung des Stichtagsabschlusses zu kontrollieren.

Ist der Stichtag der Tag des Closings, so liegt die Kontrolle über die Erstellung des Stichtagsabschlusses in der Regel beim Käufer.<sup>119</sup> Liegt der Stichtag vor dem Closing, so wird der Verkäufer die Er-

stellung kontrollieren. Die Nachteile für die lediglich prüfende Partei können, wie im Vertragsmuster vorgesehen, dadurch reduziert werden, dass diese einen vollständigen Alternativ-Abschluss (Revised Effective Date Financial Statements; siehe Ziffer 5.1.4) erstellt. Im Streitfall hat der Schiedsgutachter dann zwei vollständige, in sich schlüssige Stichtagsabschlüsse vor sich, die er vergleichend prüfen kann.

Die Bestimmung regelt sodann den Inhalt des Stichtagsabschlusses. Auch wenn der Kaufpreis nur von wenigen Parametern (z.B. lediglich von Net Financial Debt) abhängt, sollte sich der Stichtagsabschluss nicht auf die Wiedergabe dieser Parameter beschränken, sondern eine vollständige Bilanz sowie Gewinn- und Verlustrechnung enthalten. Nur so können Wechselwirkungen zwischen Abschlusspositionen, die möglicherweise für die Beurteilung der kaufpreisrelevanten Parameter maßgeblich sind, transparent gemacht werden. Eine Kapitalflussrechnung, ein Anhang und ein Lagebericht werden üblicherweise nicht verlangt. Neben der Bilanz sowie der Gewinn- und Verlustrechnung enthält der nach dem Vertragsmuster zu erstellende Stichtagsabschluss eine besondere Aufstellung der kaufpreisrelevanten Parameter und des sich nach diesen Parametern unter Anwendung der Kaufpreis-Bestimmungen des Vertrages ergebenden Kaufpreises (*Purchase Price Determination Statement*).

Die Bestimmung legt schließlich die für die Erstellung des Stichtagsabschlusses maßgeblichen Bilanzierungsregeln fest. Wichtig ist, dass der Stichtagsabschluss, auch wenn er kein Jahresabschluss ist, gleichwohl den für Jahresabschlüsse geltenden Bilanzierungsregeln folgt, wobei die Parteien in den Accounting Principles Abweichungen vereinbaren können. Dies gilt insbesondere für Rückstellungen für auf den Zeitraum bis zum Stichtag entfallende Steuern.

Sofern die Zielgesellschaft bislang keine konsolidierten Jahresabschlüsse erstellt hat (z.B. bei der Veräußerung von Geschäftsbereichen eines Konzerns, in dem konsolidierte Jahresabschlüsse ausschließlich auf der Ebene der Konzernobergesellschaft erstellt wurden), muss im Vertrag geregelt werden, nach welchen Regeln für die Zwecke des Stichtagsabschlusses konsolidiert werden soll.

Das Vertragsmuster sieht schließlich vor, dass Veränderungen der kaufpreisrelevanten Parameter zugunsten des Verkäufers außer Betracht bleiben, soweit sie auf Verletzungen der Covenants des Verkäufers in Ziffer 12.1 oder 12.2 beruhen. Mit diesem Mechanismus wird sichergestellt, dass der Käufer im Falle kaufpreisbeeinflusster Covenant-Verletzungen nicht zunächst einen überhöhten Kaufpreis bezahlen und den Überhöhungsbetrag anschließend im Wege eines Schadensersatzanspruchs vom Verkäufer zurückfordern muss. Stattdessen wird die Covenant-Verletzung sogleich bei der Kauf-

fungs- und Änderungsbefugnis, wie im Vertragsmuster vorgesehen, auf die zwischen den Parteien strittigen Positionen beschränkt ist.

Besteht aufgrund der finanziellen Situation des Zielunternehmens die Gefahr, dass die Positionen von Käufer und Verkäufer betreffend den Stichtagsabschluss sehr weit auseinander liegen, so kann es sich empfehlen, die Kompetenz des Prüfers darauf zu beschränken, sich lediglich für eine der beiden Positionen als der richtigeren zu entscheiden. Dies gibt den Parteien einen Anreiz, von vorneherein keine zu extremen Positionen einzunehmen.

#### 10. Erläuterungen zu Ziffer 5.2.3

Die Bestimmungen über das von dem neutralen Gutachter zu beachtende Verfahren sollen sicherstellen, dass zum einen sämtliche relevanten Informationen sowohl dem neutralen Gutachter als auch beiden Parteien zugänglich gemacht werden und zum anderen, dass der neutrale Gutachter den Parteien hinreichendes rechtliches Gehör gewährt. Außerdem ist geregelt, unter welchen Voraussetzungen die Entscheidung des neutralen Gutachters, die schriftlich abzufassen ist, die Parteien bindet. Eine Bindung besteht nicht bei offensichtlichem Irrtum oder vorsätzlicher Fehlentscheidung des neutralen Gutachters.

#### 11. Erläuterungen zu Ziffer 5.2.4

Nach dem Vertragsmuster tragen die Parteien die Kosten des neutralen Gutachters im Verhältnis ihres Obsiegens und Unterliegens. Gelegentlich wird auch vereinbart, dass die in größerem Umfang unterliegende Partei die Kosten alleine zu tragen hat oder dass die Parteien die Kosten je zur Hälfte tragen.

#### 6. Closing Conditions and Closing

**6.1 Closing Conditions.** The obligation of the Parties to take the actions set out in Section 6.5 shall be subject to each of the following conditions (the „Closing Conditions“) having been either fulfilled or waived by the Party entitled to exercise such waiver pursuant to Section 6.2:

- (i) The merger (*Zusammenschluss*) contemplated by this Agreement may be lawfully consummated pursuant to [Sections 35 et seqq. German Antitrust Act (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB*)/EC merger control provisions/the merger control laws of [\_\_\_\_]], in each case without any conditions or limitations other than conditions or limitations that (a) impose mere formalities, (b) do not restrict or otherwise affect the future business activities of Purchaser, Purchaser's Affiliates, or the Group Entities in any manner, or (c) have been expressly confirmed as acceptable by Purchaser in a document addressed to Seller].
- (ii) The governmental approvals, resolutions or waivers and the consents, resolutions or waivers of third parties set forth in Exhibit 6.1 (ii) have been obtained, in each case without any conditions or limitations other than conditions or limitations that (a) impose mere formalities; (b) do not restrict or otherwise affect the future business activities of Purchaser, Purchaser's Affiliates or the Group Entities in any manner; or (c) have been expressly confirmed as acceptable by Purchaser in a document addressed to Seller.
- (iii) The representations of Seller in Section 7 are correct in all material respects as of the Closing Date as if made on such date, provided that for the purposes of this Closing Condition any breach of such representations shall be considered material only if the Damages for which Purchaser could require compensation by remediation in kind or payment in cash in connection with such breach pursuant to Section 8 exceed, or are likely to exceed, EUR [\_\_\_\_] (in words Euro [\_\_\_\_]) in any individual case or EUR [\_\_\_\_] (in words Euro [\_\_\_\_]) in the aggregate.
- (iv) Seller has complied in all material respects with the covenants and other agreements required to be complied with by Seller pursuant to this Agreement on or prior to the Closing Date, provided that for the purposes of this Clos-

ing Condition any non-compliance by Seller shall be considered material only if the Damages for which Purchaser could require compensation by remediation in kind or payment in cash in connection with such non-compliance pursuant to Section 8 exceed, or are likely to exceed, EUR [ ] (in words Euro [ ]) in any individual case or EUR [ ] (in words Euro [ ]) in the aggregate.

- (v) No circumstances have occurred that have materially adversely affected, or are reasonably likely to materially adversely affect, the Group Entities' assets, business, financial condition, results of operations or prospects, provided that for the purposes of this Closing Condition any adverse effects whatsoever on the Group Entities' assets, business, financial condition, results of operations or prospects shall be considered material only if its financial impacts exceeds EUR [ ] (in words Euro [ ]) in any individual case or EUR [ ] (in words Euro [ ]) in the aggregate.
- (vi) Seller has confirmed to Purchaser that the Closing Conditions set forth under items (iii) through (v) above are fulfilled by issuing to Purchaser a written statement substantially in the form of the draft statement attached as Exhibit 6.1 (vi) (the „Compliance Statement“).
- *Falls Organmitglieder der Zielgesellschaft und ihrer Tochtergesellschaften beim Closing zurücktreten sollen:*
- (vii) Each of the Directors and Officers of the Group Entities set forth in Exhibit 6.1 (vii) has tendered in writing his/her resignation, effective as of the Closing, with full release of the Group Entities from all present and future obligations owed to such Director or Officer, other than obligations explicitly reserved in Exhibit 6.1 (vii) (the „Resignation Letters“).
- *Falls das Closing vom Verbleiben wichtiger Organmitglieder oder Mitarbeiter des Zielunternehmens abhängig gemacht werden soll:*
- (viii) The Directors, Officers and employees of the Group Entities listed in Exhibit 6.1 (viii) remain employed by the Group Entities, no agreements on the termination of their employment have been concluded or are under negotiations[,] [and] no such persons have given or threatened to give notice of termination of employment [and no such

persons have done or omitted to do anything that would give the relevant Group Entity the right to terminate their employment].

- *Falls als Vorbedingung des Closings Verträge beendet werden sollen (vgl. Ziffer 15.2):*
- (ix) The agreements listed in Exhibit 15.2 have been terminated by mutual agreement with effect as of the Closing Date.
- *Falls als Vorbedingung des Closings Verträge mit Wirkung zum Closing verlängert werden sollen (vgl. Ziffer 15.3):*
- (x) The agreements listed in Exhibit 15.3 have been extended by and between the respective parties thereto for the periods set forth in Exhibit 15.3.
- *Falls als Vorbedingung des Closings wichtige andere Verträge abgeschlossen werden sollen:*
- (xi) The Ancillary Agreements have been duly executed by and between the designated parties thereto and remain in force as of the Closing Date.
- *Falls bei einer fremdfinanzierten Transaktion die Verfügbarkeit der Fremdfinanzierungsmittel zur Bedingung für das Closing gemacht werden soll:*
- (xii) One or more credit agreements have been entered into between Purchaser and [ ] under which Purchaser is entitled to draw funds for the financing of the Purchase Price in an amount of not less than EUR [ ] (in words Euro [ ]), all conditions precedent for the drawing of such funds have been satisfied and such funds have become due and payable.
- *Falls die Durchführung des Vertrages noch von weiterer Due Diligence des Käufers abhängig gemacht werden soll:*
- (xiii) Purchaser has completed its financial, legal, tax and business due diligence review of the Group Entities and their business, and such review has resulted in findings reasonably satisfactory to Purchaser.
- *Falls der Abschluss oder die Durchführung des Vertrages noch der Zustimmung von Gremien auf Seiten des Käufers oder Verkäufers bedarf:*

- (xiv) The [Supervisory Board/Board of Directors/other corporate body] of [Seller/Purchaser/[\_\_\_\_]] has approved the execution and consummation of this Agreement.
- *Falls zur Beendigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags das Geschäftsjahr der Zielgesellschaft geändert werden und das Wirksamwerden der Änderung durch Eintragung in das Handelsregister Closing Condition sein soll:*
- (xv) The change of the fiscal year of the Company referred to in Section 3.6 has been registered in the commercial register.
- *Falls die Einholung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie nach § 53 Abs. 3 AWV vorgesehen ist, ohne dass ein ernstes Untersagungsrisiko besteht:*
- (xvi) Either (a) a clearance certificate pursuant to Section 53 (3) Sentence 1 German Foreign Trade Regulation (*Außenwirtschaftsverordnung – AWV*) has been obtained by Purchaser from the German Federal Ministry of Economics and Technology (*Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie - BMWi*) stating that the transaction contemplated by this Agreement does not conflict with the public order or security of the Federal Republic of Germany (the „Foreign Investment Clearance Certificate“), or (b) the one-month period since Purchaser's application for a Foreign Investment Clearance Certificate pursuant to Section 53 (3) Sentence 2 has expired, unless the BMWi has during this period commenced examination proceedings pursuant to Section 53 (1) Sentence 1 AWV.

**6.2 Waiver of Closing Conditions.** Except for the Closing Conditions set forth in Section 6.1 (i), [ix], [x], [xi], (xv) [and] [(xvi)], Purchaser may waive in whole or in part each of the Closing Conditions in Section 6.1 by written notice to Seller. The effect of a waiver shall be limited to eliminating the respective Closing Condition and shall not limit or prejudice any claims any Party may have with respect to any non-fulfillment of such or any other Closing Condition under this Agreement or under applicable law.

**6.3 Reasonable Efforts.** Each Party shall use reasonable efforts to ensure that the Closing Conditions will be fulfilled as soon as possible.

**6.4 Withdrawal.** In the event that the Closing Conditions are not completely fulfilled or waived within [six (6)] months after the date of this Agreement, either Party may withdraw from this Agreement by written notice to the other Party, unless the non-fulfillment is within the control of the Party seeking to withdraw. Any purported withdrawal shall be deemed void and shall not have any effect if, at the time when the notice from the withdrawing party is received by the other Party, all Closing Conditions have been fulfilled or waived. The effect of a withdrawal shall be limited to eliminating the obligations of the withdrawing Party to perform the actions to be performed at the Closing and shall not limit or prejudice any claims the withdrawing Party may have on the basis of any circumstances relating to the non-fulfillment of any Closing Condition.

**6.5 Closing.** Within [five (5)] Business Days as from the date on which all Closing Conditions have been fulfilled or waived, the Parties shall meet at the offices of [\_\_\_\_], or in such other location as mutually agreed upon by the Parties in writing, where the following actions (the „Closing Actions“ which in their entirety shall constitute the „Closing“) shall be taken simultaneously (*Zug um Zug*):

- (i) Purchaser shall make in accordance with Section 4 the following payments:
  - (a) the Preliminary Group Entities Balances Payments;
  - (b) the Preliminary Seller Cash Payment[;]
  - (c) the Escrow Payment][; and
  - (d) the Preliminary Profit Transfer Payment or the Preliminary Loss Compensation Payment, as the case may be].
- (ii) Seller shall deliver to Purchaser the original of a duly executed power of attorney (*Vollmacht*) to adopt in the name and on behalf of Seller any shareholders' resolutions of the Company, substantially in the form of the draft attached as Exhibit 6.5 (ii).
  - *Falls Organmitglieder der Zielgesellschaft und ihrer Tochtergesellschaften mit Wirkung zum Closing zurücktreten sollen:*
  - (iii) Seller shall deliver to Purchaser the originals of the Resignation Letters.

- *Falls Verträge zwischen den Zielgesellschaften und dem Verkäufer und seinen Konzerngesellschaften mit Wirkung zum Closing beendet werden sollen:*
- (iv) Seller shall deliver to Purchaser the original documents evidencing the termination of all of the agreements set out in Exhibit 15.2.
- *Falls die Laufzeit von Verträgen zwischen den Zielgesellschaften und dem Verkäufer und seinen Konzerngesellschaften mit Wirkung zum Closing verlängert werden soll:*
- (v) Seller shall deliver to Purchaser the original documents evidencing the extension of all of the intra-group agreements set out in Exhibit 15.3.
- *Falls dem Käufer beim Closing Kopien wichtiger Dokumente ausgehändigt werden sollen:*
- (vi) Seller shall deliver to Purchaser correct and complete copies of the Corporate Documents and the Shareholders' Agreements.

The date on which all Closing Actions have been taken or waived pursuant to Section 6.6 shall be the „Closing Date“.

**6.6 Waiver of Closing Actions.** Purchaser may waive each of the Closing Actions set forth in Section 6.5 other than the Closing Actions in Section 6.5 (i) by written notice to Seller. The effect of a waiver shall be limited to eliminating the need that the respective Closing Action is being taken at the Closing and shall not limit or prejudice any claims any Party may have with respect to any circumstances relating to such Closing Action not being taken pursuant to this Agreement.

**6.7 Closing Confirmation.** After all Closing Actions have been taken or waived, Seller and Purchaser shall confirm in a written document, to be jointly executed (at least in duplicate) substantially in the form of the draft attached as Exhibit 6.7 (the „Closing Confirmation“) that all Closing Actions have been taken or waived and that the Closing has occurred. For the avoidance of doubt, the legal effect of the Closing Confirmation shall be limited to serving as evidence that all Closing Actions have been taken or waived and that the Closing has occurred, but the execution of the Closing Confirmation shall not limit or prejudice the rights of the Parties arising under this Agreement or under applicable law.

**6.8 Withdrawal.** In the event that any Closing Action has not been taken or waived within [thirty (30)] Business Days of the date on which all Closing Conditions have been fulfilled or waived, either Party may withdraw from this Agreement by written notice to the other Party, unless the respective Closing Action is within the control of the Party seeking to withdraw. Any purported withdrawal shall be deemed void and shall not have any effect if, at the time when the notice from the withdrawing Party is received by the other Party, all Closing Actions have been taken or waived. The withdrawal shall not limit or prejudice any claims the claims of the withdrawing Party on the basis of any circumstances relating to the Closing Actions not being taken.

#### Erläuterungen

- |  |  |
|--|--|
| 1. Erläuterungen zu Ziffer 6.1 allgemein | 11. Erläuterungen zu Ziffer 6.1 (x)    |
| 2. Erläuterungen zu Ziffer 6.1 (i)       | 12. Erläuterungen zu Ziffer 6.1 (xi)   |
| 3. Erläuterungen zu Ziffer 6.1 (ii)      | 13. Erläuterungen zu Ziffer 6.1 (xii)  |
| 4. Erläuterungen zu Ziffer 6.1 (iii)     | 14. Erläuterungen zu Ziffer 6.1 (xiii) |
| 5. Erläuterungen zu Ziffer 6.1 (iv)      | 15. Erläuterungen zu Ziffer 6.1 (xiv)  |
| 6. Erläuterungen zu Ziffer 6.1 (v)       | 16. Erläuterungen zu Ziffer 6.1 (xv)   |
| 7. Erläuterungen zu Ziffer 6.1 (vi)      | 17. Erläuterungen zu Ziffer 6.1 (xvi)  |
| 8. Erläuterungen zu Ziffer 6.1 (vii)     | 18. Erläuterungen zu Ziffer 6.2        |
| 9. Erläuterungen zu Ziffer 6.1 (viii)    | 19. Erläuterungen zu Ziffer 6.3        |
| 10. Erläuterungen zu Ziffer 6.1 (ix)     | 20. Erläuterungen zu Ziffer 6.4        |
|  | 21. Erläuterungen zu Ziffer 6.5        |
|  | 22. Erläuterungen zu Ziffer 6.6        |
|  | 23. Erläuterungen zu Ziffer 6.7        |
|  | 24. Erläuterungen zu Ziffer 6.8        |

#### 1. Erläuterungen zu Ziffer 6.1 allgemein

Der mittlerweile auch im deutschen Sprachgebrauch fest verankerter Begriff *Closing* (in der UK-Praxis *Completion*) kennzeichnet das aus der anglo-amerikanischen Vertragspraxis stammende Konzept der zeitlich hinausgeschobenen Durchführung des Vertrags. Während sich die Parteien mit dem Abschluss des Vertrages lediglich schuldrechtlich verpflichten, nehmen sie beim Closing die wesentlichen, zur Durchführung des Vertrages erforderlichen Handlungen vor.<sup>121</sup>

spruch zurückholen. Dies ist mühsam und risikoträchtig. Zur Vermeidung dieses Risikos wird gelegentlich vereinbart, dass sämtliche beim Closing auszutauschenden Dokumente, einschließlich Zahlungsanweisungen an Banken, zunächst einem beim Closing anwesenden Treuhänder, etwa einem Notar (*Closing Agent*) übergeben werden, der sie erst dann an die jeweils empfangsberechtigten Parteien aushändigt, wenn alle Closing Actions vorgenommen wurden. Ist dieses Verfahren im Einzelfall zu aufwändig, so sollte der Käufer zumindest darauf achten, dass die Zahlung des Kaufpreises in der Abfolge der Closing Actions die letzte Handlung darstellt.

Wurden alle Closing Actions vorgenommen, so halten die Parteien die Vornahme der Closing Actions und die Durchführung des Closings in einer gemeinsamen Bestätigung (*Closing Confirmation*) schriftlich fest. Bei einer auf das Closing aufschiebend bedingten Übertragung der Geschäftsanteile und der Seller Intragroup Balances (siehe Ziffer 3.) dient die Closing Confirmation als Nachweis des Bedingungseintritts.

#### 24. Erläuterungen zu Ziffer 6.8

Für den Fall, dass die Closing Actions innerhalb einer vereinbarten Frist nicht vorgenommen werden, ist beiden Parteien ein Rücktrittsrecht eingeräumt. Das Rücktrittsrecht steht allerdings einer Partei nicht zu, wenn die Nichtvornahme der Closing Actions auf die Nichterfüllung vertraglicher Pflichten dieser Partei zurückzuführen ist.

#### 7. Representations of Seller

Seller hereby represents to Purchaser that the following statements are correct, in each case as of the date of this Agreement and the Effective Date, unless it is specifically provided for that a representation shall be made as of a different date in which case the representation shall be made as of such different date, whereby it is understood by the Parties that (i) Seller shall be liable for any breaches of the representations in this Section 7 irrespective of any fault of Seller (*verschuldensunabhängig*); (ii) Seller's liability shall be subject to the modalities and limitations, including, without limitations, the De Minimis Amount, Threshold Amount, Cap and the procedural and time limitations as set forth in Sections 8.6 through 8.8 and 11; and (iii) in view of these modalities and limitations the representations shall neither constitute a quality agreement (*Beschaffenheitsvereinbarung*) within the meaning of Section 434 para. 1 BGB, nor a warranty of condition (*Beschaffenheitsgarantie*) within the meaning of Section 444 BGB but a contractual liability regime of its own kind (*vertragliches Haftungsregime sui generis*):

##### Einführung: Gewährleistungen des Verkäufers

a) **Gegenstand und Zweck der Representations.** Ziffer 7 enthält die Gewährleistungen des Verkäufers, die entsprechend den Usancen auch in einem dem deutschen Recht unterliegenden Unternehmenskaufvertrag mit dem angelsächsischen Begriff Representations & Warranties bezeichnet werden. Da jedoch eine Unterscheidung zwischen Representations einerseits und Warranties andererseits nach deutschem Recht nicht sinnvoll wäre, wird aus Vereinfachungsgründen nachfolgend lediglich der Begriff Representations verwandt. Neben den Kaufpreisbestimmungen und den Regelungen zur Freistellung von besonderen Risiken (siehe Ziffer 10) sind die Gewährleistungen ein zentraler Bestandteil des Unternehmenskaufvertrages und zumeist Gegenstand intensiver Verhandlungen.

Hinsichtlich der Ausgestaltung der Gewährleistungen können die Interessen der Parteien unterschiedlicher nicht sein. Während der Verkäufer an einem möglichst geringen Umfang der von ihm abzugebenden Gewährleistungen interessiert ist, wird der Käufer vom Verkäufer verlangen, dass dieser für wertbildende Umstände des Zielunternehmens in vollem Umfang einsteht und der Käufer sich hinsichtlich aller ihm nicht offengelegten Risiken beim Verkäufer schadlos halten kann.

entwickelt,<sup>140</sup> die die Versicherung von Gewährleistungs- und Freistellungsansprüchen zum Gegenstand haben (*Warranty and Indemnity Insurance*). Seit mehreren Jahren werden diese auch für deutsche Unternehmenskäufe angeboten. Es besteht der Eindruck, dass der Versicherungsschutz teuer ist, nicht immer alle relevanten Risiken abdeckt und die Einbeziehung des Versicherungsunternehmens in den Transaktionsprozess zu einer Verzögerung des Vertragsabschlusses führen kann. Ob diese Nachteile durch den Vorteil des Versicherungsschutzes aufgewogen werden, ist eine Frage des Einzelfalles. Es empfiehlt sich daher, vorab sorgfältig zu prüfen, ob der Erwerb einer Warranty and Indemnity Insurance durch den Käufer oder den Verkäufer im konkreten Fall wirtschaftlich sinnvoll ist und welche zeitlichen Anforderungen für die Umsetzung dieser Gestaltung gelten.

e) Hinweise zur Verwendung des Vertragsmusters. Das Vertragsmuster enthält einen Gewährleistungskatalog, der einen möglichen Kompromiss zwischen den denkbaren Extrempositionen von Käufer- und Verkäuferseite abbilden soll. Entsprechend der Natur eines Vertragsmusters wird sich im konkreten Unternehmenskauf herausstellen, dass einerseits einzelne im Muster vorgesehene Gewährleistungen aufgrund der Art und des Umfangs des Geschäftsbetriebs des Zielunternehmens keinen Sinn ergeben bzw. überflüssig sind und andererseits der Katalog besondere Risiken des konkreten Zielunternehmens nicht berücksichtigt. Das Muster sollte daher nicht unverändert übernommen, sondern den Besonderheiten des Einzelfalles entsprechend der konkreten Verhandlungssituation angepasst werden. Vertragsbestandteile, die in besonderem Maße von den Besonderheiten der jeweiligen Transaktion abhängen, sind mit eckigen Klammern gekennzeichnet.

### 7.1 Status of Seller

**7.1.1 Corporate Status; Due Authorization.** Seller has been duly established and is validly existing as a [ ] under the laws of [ ]. Seller has the unrestricted right, power, authority and capacity to execute and consummate this Agreement and the transactions contemplated therein. All required approvals of any corporate bodies of Seller have been given.

**7.1.2 No Insolvency.** No insolvency or similar proceedings have been, or have been threatened to be, opened over the assets of Seller, and there are no circumstances that would require or justify the opening of or application for such proceedings. Seller is neither illiquid (*zahlungsunfähig*) nor over-indebted (*überschuldet*).

**7.1.3 Legal, Valid and Binding Obligations.** This Agreement constitutes and all other documents executed by Seller under or in connection with this Agreement will, when executed, constitute legal, valid and binding obligations of Seller enforceable in accordance with their terms.

**7.1.4 No Violation.** The execution and consummation of this Agreement and of the transactions contemplated therein by Seller does not violate the articles of association, partnership agreement or other corporate documents, as the case may be, or any other legal obligations of Seller and is not subject to challenge (*Anfechtung*) by any third party on any legal basis, including any creditor protection laws.

**7.1.5 No Interference.** There is no action, suit, investigation or other proceeding pending or threatened against or affecting Seller or any Group Entity before any court, arbitrator, governmental body, agency or official that in any manner challenges or seeks to prevent, enjoin, alter or materially delay the execution or consummation of this Agreement or the transactions contemplated therein, and there are no circumstances likely to give rise to any of the foregoing.

### Erläuterungen

Der Katalog der Gewährleistungen in Unternehmenskaufverträgen angelsächsischen Musters beginnt typischerweise mit Gewährleistungen betreffend den Verkäufer und die ggf. weiteren Vertrags-

parteien auf Seiten des Verkäufers, wie z.B. die Konzernobergesellschaft des Verkäufers, die die Verpflichtungen des Verkäufers gemäß dem SPA garantiert. Sofern ein solcher Garantiegeber bzw. mehrere Verkäufer in das SPA einbezogen sind, ist das Vertragsmuster entsprechend zu ergänzen.

Gewährleistet werden bestimmte Voraussetzungen in der Person oder Sphäre des Verkäufers, die für das wirksame Zustandekommen des Vertrages und die Durchsetzung von Ansprüchen des Käufers gegen den Verkäufer von Bedeutung sind. Hierzu gehören etwa „wirksamer Abschluss des SPA“ und „kein bestehendes oder drohendes Insolvenzverfahren über die Vermögenswerte des Verkäufers“.

Nicht alle angelsächsischen Status-Gewährleistungen ergeben nach deutschem Recht Sinn. Fehlt etwa der auf Seiten des Verkäufers handelnden Person die Vertretungsmacht, so ist der Vertrag, wenn er nicht genehmigt wird, unwirksam. Vor diesem Risiko schützt den Käufer auch eine Gewährleistung betreffend die ordnungsgemäße Vertretungsmacht des für die Vertragspartei Handelnden nicht. Entsprechendes gilt etwa für Gewährleistungen in Bezug auf ein Insolvenzverfahren. Aufgrund der Usancen im angelsächsischen Markt sind derartige Gewährleistungen auch in Deutschland allgemein üblich geworden. Aufgrund mangelnden Risikos für den Verkäufer in Bezug auf solche Gewährleistungen werden sie in der Praxis häufig akzeptiert. Rechtliche Bedeutung kann ihnen zukommen, wenn ver einbart ist, dass der Käufer bei Verletzung der Gewährleistung nicht verpflichtet ist, beim Closing Vollzugshandlungen vorzunehmen.<sup>141</sup>

## 7.2 Status of the Group Entities

**7.2.1 Corporate Status.** The information in Sections 2.1 through 2.6 is complete and correct. Each Group Entity has been duly established and is validly existing [and in good standing] as the type of Legal Entity stated in Section 2.1 under the laws of its jurisdiction. Each Group Entity has the unrestricted right, power, authority and capacity to own its assets and to conduct its business as conducted on the date of this Agreement and on the Effective Date.

**7.2.2 No Insolvency.** No insolvency or similar proceedings have been, or have been threatened to be, opened over the assets of any Group Entity, and there are no circumstances that would require or justify the opening of or application for such proceedings. No Group Entity is illiquid (*zahlungsunfähig*) or over-indebted (*überschuldet*).

**7.2.3 Group Structure.** The Equity Interests in the Group Entities are held as stated in Sections 2.2 and 2.3. Other than the Equity Interests referred to in Section 2.3 [and as disclosed in Exhibit 7.2.3], none of the Group Entities (i) holds any Equity Interests in any Legal Entities; or (ii) is a party to any enterprise agreement (*Unternehmensvertrag*) within the meaning of Section 291 et seq. AktG or any equivalent agreement under the laws of any jurisdiction.

**7.2.4 Corporate Documents.** The documents [attached as Exhibit 7.2.4 are/ to be delivered to Seller at the Closing pursuant to Section 6.5 (v) will be] authentic and complete copies of the respective Corporate Documents and accurately reflect the current corporate status of the Group Entities. No resolutions or other statements to amend the Corporate Documents have been made, and no filings with any commercial register (or with an equivalent corporate authority) in respect of any Group Entity are pending. No shareholders' or partners' resolution of any Group Entity is void or has been challenged (*angefochten*) or threatened to be challenged by any shareholder or partner of such Group Entity or any third party.

- *Falls Shareholders' Agreements bestehen:*

**7.2.5 Shareholders' Agreements.** The documents [attached as Exhibit 7.2.5 are/ to be delivered to Seller at the Closing pursuant to Section 6.5 (v)(b) will be] authentic and complete copies of

the Shareholders' Agreements. Except as disclosed in Exhibit 7.2.5, (i) the Shareholders' Agreements are in full force and effect and enforceable against the parties thereto in accordance with their terms; (ii) no party to a Shareholders' Agreement has given or is reasonably likely to give notice of termination of, and no circumstances exist which give any party to a Shareholders' Agreement the right to terminate or modify, such Shareholders' Agreement; (iii) no party to a Shareholders' Agreement is in breach of such agreement, or is reasonably likely to become, unable to perform its obligations thereunder; and (iv) the execution and consummation of this Agreement or the transactions contemplated therein do not trigger any rights of any party under any Shareholders' Agreement.

#### Erläuterungen

- |                                  |                                   |
|----------------------------------|-----------------------------------|
| 1. Erläuterungen zu Ziffer 7.2   | 3. Erläuterungen zu Ziffern 7.2.4 |
| 2. Erläuterungen zu Ziffer 7.2.3 | und 7.2.5                         |

#### 1. Erläuterungen zu Ziffer 7.2

Diese Bestimmungen enthalten Gewährleistungen betreffend den gesellschaftsrechtlichen Status der Zielgesellschaft und ihrer Tochtergesellschaften.

Im Einzelfall kann zwischen den Vertragsparteien Uneinigkeit darüber bestehen, für welche Gesellschaften Gewährleistungen abgegeben werden. Häufig wollen Verkäufer einzelne oder sogar sämtliche Gewährleistungen lediglich für die Zielgesellschaft selbst oder ihre wichtigsten Tochtergesellschaften, nicht aber für alle Tochtergesellschaften abgeben. Dies kann daran liegen, dass der Verkäufer in Bezug auf diese Gesellschaften (etwa bei Minderheitsbeteiligungen) über sehr wenig Kenntnisse und Informationen verfügt, keine Kontrolle über die Geschäftsführung ausübt oder der Käufer den Wert dieser Gesellschaften im Kaufpreis nicht berücksichtigt hat. Als vertragliche Regelungstechniken kommen neben der vollständigen Herausnahme dieser Tochtergesellschaften aus dem Gewährleistungskatalog etwa die Beschränkung auf einzelne Gewährleistungen in Betracht (etwa „*existence of the company*“, „*ownership of shares*“, „*shares not encumbered*“, evtl. auch Bilanzgarantie). Denkbar ist auch eine Modifikation der Gewährleistungen in Bezug auf diese Tochtergesellschaften dahingehend, dass die Gewährleistungen nur nach „bestem Wissen des Verkäufers“ (*Sellers' Best Knowledge*) abgegeben werden, oder unter dem Vorbehalt erklärt werden, dass

#### 7.2 Status of the Group Entities

eine Gewährleistungsverletzung nur dann zum Schadensersatz berechtigt, wenn der Umstand wesentliche wirtschaftliche Auswirkungen auf die betreffende Tochtergesellschaft bzw. die Gesamtheit der Zielgesellschaft und ihrer Tochtergesellschaften hat („..., unless this would cause a material adverse effect for the respective Group Entity/for the Group Entities taken as a whole“).

#### 2. Erläuterungen zu Ziffer 7.2.3

Die Bestimmung enthält eine Gewährleistung zu den Beteiligungsverhältnissen an der Zielgesellschaft und ihren Tochtergesellschaften, soweit diese in Ziffer 2.3 beschrieben sind. Hierzu gehört nicht nur die Angabe, dass die Tochtergesellschaft zu 100% im (direkten oder indirekten) Anteilsbesitz des Verkäufers steht, sondern auch die Angabe, von welchem Gesellschafter diese Beteiligungen gehalten werden einschließlich des Nennbetrags und der Stückelung der Geschäftsanteile bzw. sonstigen Beteiligungsrechte. Die Einzelheiten der Beteiligungsstruktur des Zielunternehmens können insbesondere in steuerlicher Hinsicht von großer Bedeutung sein.

Weiterer Regelungsgegenstand ist eine Bestätigung zu sämtlichen Unternehmensverträgen nach §§ 291 ff. AktG. Der häufigste Anwendungsfall sind bei deutschen Unternehmen Gewinnabführungs- sowie Beherrschungsverträge (vgl. § 291 Abs. 1 AktG), deren Existenz sowohl für die künftige Besteuerung des Zielunternehmens von Relevanz ist (Organschaft)<sup>142</sup> als auch weitreichende Implikationen für die Haftung des Gesellschafters hat.<sup>143</sup> Bestehen solche Verträge mit dem Verkäufer oder Konzerngesellschaften, die nicht unmittelbar oder mittelbar durch den Käufer erworben werden, so sind in das SPA Regelungen zur Beendigung der Unternehmensverträge aufzunehmen (vgl. Ziffer 3.6 und 3.7).

#### 3. Erläuterungen zu Ziffern 7.2.4 und 7.2.5

Die Bestimmungen in Ziffer 7.2.4 haben besondere Bedeutung bei Zielunternehmen, an denen Dritte beteiligt sind (insbesondere Joint Ventures). Bei ihnen erwartet der Käufer sowohl Gewährleistungen zum Gesellschaftsvertrag und sonstigen gesellschaftsrechtlichen Dokumenten als auch zu etwaigen Gesellschaftervereinbarungen. Typischerweise enthalten solche Vereinbarungen Regelungen zu Minderrechten, zur Corporate Governance, zum Verkauf und zur Abtretung der Geschäftsanteile an der Gesellschaft, wie etwa Zustimmungserfordernisse, Vorkaufs- und Vorerwerbsrechte, Mitver-

kaufsrechte und -pflichten sowie Finanzierungspflichten. Diese Vertragsbestimmungen können erhebliche Relevanz für den Wert der Beteiligung an der Zielgesellschaft haben.

### 7.3 Shares and Subsidiary Interests

#### 7.3.1 Issuance of and Title to the Shares and Subsidiary Interests.

The Shares and the Subsidiary Interests have been validly issued in compliance with applicable law. Seller holds full and unrestricted legal and beneficial title (*uneingeschränkte rechtliche und wirtschaftliche Inhaberschaft*) to the Shares, and the Company and each other Group Entity holds full and unrestricted legal and beneficial title to the Subsidiary Interests, all as set forth in Section 2. The Shares and the Subsidiary Interests are not pledged (*verpfändet*), attached (*gepfändet*), or otherwise encumbered (*belastet*) with any third party rights and are not subject to any (i) trust arrangement (*Treuhandverhältnis*), silent partnership (*stille Beteiligung*), sub-participation (*Unterbeteiligung*) or similar arrangement; (ii) pending transfer or other disposition (*Verfügung*); (iii) sale, contribution or other contractual arrangement creating an obligation to transfer or encumber; or (iv) shareholders' resolution providing for their redemption (*Einziehung*).

**7.3.2 No Other Interests.** The Shares constitute [the entire/\_\_\_\_\_] per cent of the] issued share capital of the Company, and the Subsidiary Interests constitute [the entire issued share or other equity capital/the percentages of the issued share or other equity capital set forth in Exhibit \_\_\_\_] of the Group Entities, all as set forth in Section 2. Neither Seller, nor any Seller's Affiliate, nor any third party has any pre-emptive right (*Vorkaufsrecht*), right of first refusal (*Vorerwerbsrecht*), subscription right (*Bezugsrecht*), option right (*Optionsrecht*), conversion right (*Wandlungsrecht*) or similar right in respect of the Shares or the Subsidiary Interests. There are no agreements which require the allotment, issue or transfer of any debentures in or securities of the Group Entities.

**7.3.3 Contributions.** The Shares and the Subsidiary Interests are fully paid up. All contributions have been made in compliance with applicable law and have not been repaid or returned, in whole or in part, whether open or disguised, directly or indirectly. There are no obligations to make further contributions (*keine Nachschusspflichten*).

**7.3.4 No Pending Business Transactions.** No Group Entity is a party to any agreement relating to the acquisition or sale of, or an economically equivalent transaction involving, any Interests in

other Legal Entities or any business (*Betrieb*) or parts thereof (*Betriebsteile*), other than agreements where the material obligations (*Hauptleistungspflichten*) have already been fully performed by all parties thereto.

#### Erläuterungen

Die Bestimmungen in Ziffern 7.3.1 bis 7.3.4 beziehen sich auf die Geschäftsanteile, Aktien oder sonstigen Beteiligungen am Zielunternehmen, die beim Beteiligungskauf durch den Käufer erworben werden. Aus Sicht des Käufers ist darauf zu achten, dass Gegenstand dieser Gewährleistungen nicht nur die unmittelbar erworbenen Geschäftsanteile sind (also die Shares), sondern, wie im Vertragsmuster vorgesehen, auch sämtliche Beteiligungen, die von der Zielgesellschaft direkt oder indirekt an Tochtergesellschaften gehalten werden (*Subsidiary Interests*).

Hintergrund der Gewährleistungen in Ziffer 7.3.3 sind unter anderem etwaige noch nicht erfüllte Zahlungspflichten des Verkäufers als Gesellschafter, die infolge des Erwerbs der Geschäftsanteile auf den Käufer übergehen bzw. für die der Käufer nach dem Erwerb mithaftet. So haftet etwa der Käufer gesamtschuldnerisch mit dem Verkäufer für Leistungen des Verkäufers an die Gesellschaft, die zum Zeitpunkt der Aufnahme der aktualisierten Gesellschafterliste in das Handelsregister nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG rückständig sind (§ 16 Abs. 2 GmbHG). Zu derartigen rückständigen Leistungen gehören insbesondere die Differenzhaftung bei Sacheinlagen (§ 9 Abs. 1 GmbHG), die Unterbilanzhaftung und die Haftung für noch nicht geleistete Einzahlungen auf Geschäftsanteile (§§ 19 Abs. 1, 7 Abs. 2 GmbHG). Letzteres kann auch in Fällen verdeckter Sacheinlagen relevant werden. Eine verdeckte Sacheinlage ist dadurch gekennzeichnet, dass in engem sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit einer Bareinlage ein gegenläufiges Geschäft zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter oder einem ihm nahestehenden Dritten durchgeführt wird. Entscheidend dabei ist, dass das gegenläufige Geschäft der Bareinlage wirtschaftlich betrachtet die Qualität einer Sacheinlage verleiht (vgl. § 19 Abs. 4 S. 1 GmbHG). Dies führt seit der Novellierung des GmbHG durch das MoMiG dazu, dass sämtliche schuldrechtlichen und dinglichen Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit der verdeckten Sachlage wirksam bleiben und der Wert eines an die Gesellschaft geleisteten Vermögensgegenstandes auf die bestehende Geldeinlagepflicht des Gesellschafters angerechnet wird (§ 19 Abs. 4 GmbHG). Der Gesellschafter ist mit der Beweislast für die Werthaltigkeit des Vermögensgegenstandes beschwert (§ 19

Abs. 4 S. 5 GmbHG). Bestehen Ansprüche der Gesellschaft gegen den Verkäufer auf Leistung von Einlagen, so kommt in Betracht, diese für die Zwecke der Kaufpreisformel als Cash zu definieren. Der Verkäufer muss dann natürlich den Käufer von der Inanspruchnahme durch die Gesellschaft freistellen.

#### 7.4 Financial Statements; Books and Records; No Undisclosed Liabilities

##### 7.4.1 Compliance with GAAP and Laws, True and Fair View. The

- (i) [pro-forma] consolidated financial statements of the Company, consolidating the Company and the Group Entities for the fiscal year[s] ending on [\_\_] (including a balance sheet (*Bilanz*), profit and loss statement (*Gewinn- und Verlustrechnung*), notes (*Anhang*) [, business report (*Lagebericht*) and cash flow statement]) [which have been audited and have received an unqualified audit certificate by [\_\_]/which are attached as Exhibit 7.4.1 (i)] (the „Consolidated Financial Statements“) comply in all respects with [German GAAP (*Grundsätze ordnungsgemäßiger Buchführung (GoB)*)/IFRS/US-GAAP/other GAAP] and applicable laws; and
- (ii) individual financial statements [of the Company/each of the Group Entities] for the fiscal year[s] ending on [\_\_] (including a balance sheet, profit and loss statement, notes, business report and cash flow statement) [which have been audited and have received an unqualified audit certificate by [\_\_]/which are attached as Exhibit 7.4.1 (ii)] (the „Individual Financial Statements“ and together with the Consolidated Financial Statements the „Financial Statements“) comply in all respects with [German GAAP (*Grundsätze ordnungsgemäßiger Buchführung (GoB)*)/IFRS/US-GAAP/IFRS/other GAAP] and applicable laws.

The Financial Statements were prepared using accounting practices, including capitalization rights (*Aktivierungswahlrechte*) and valuation principles (*Bewertungsgrundsätze*) [consistent with past accounting practices of the relevant Group Entity] [*alternativ oder kumulativ*: [and] as set forth Exhibit 5.1.1].

The Consolidated Financial Statements present a true and fair view of the assets and liabilities (*Vermögenslage*), financial position (*Finanzlage*) and earnings position (*Ertragslage*) of the Group Entities pursuant to Section 264 para. 2 HGB (*ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage*) taken as a whole as of their respective dates and the Individual Financial Statements present a true and fair view of the assets and liabilities (*Ver-*

*mögenslage*), financial position (*Finanzlage*) and earnings position (*Ertragslage*) of the respective Group Entity pursuant to Section 264 para. 2 HGB (*ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage*) as of their respective dates.

The Financial Statements have been properly audited and unqualified auditor's certificates (*uneingeschränkte Bestätigungsvermerke*) have been received.

##### 7.4.2 Certain Line Items. Without limiting the generality of Section 7.4.1, irrespective of knowledge by [the Company/the Group Entities] and considering all relevant facts as of the date[s] of the Financial Statements,

- (i) the inventories shown in the Financial Statements are valued at the lower of cost or market value, taking into account sufficient adjustments for obsolete or otherwise non-marketable items;
- (ii) sufficient adjustments (*Abschreibungen, Einzel- und Pauschalwertberichtigungen*) were made in the Financial Statements for bad debts or non-collectible receivables, and the accounts receivable are collectible in the ordinary course of business without any withholding rights, rights of set-off or rights of deduction; and
- (iii) the accruals (*Rückstellungen*) in the Financial Statements are sufficient for the liabilities as of the dates of the Financial Statements.

##### 7.4.3 Books and Records. The books and accounting and other records of each Group Entity (i) are in all material respects up to date and contain complete and accurate details of the business activities of such Group Entity and of all matters to be recorded under applicable law or applicable GAAP; and (ii) have been maintained in accordance with applicable legal requirements on a proper and consistent basis. No notice or allegation that any books and records are incorrect or should be rectified has been received by any Group Entity.

##### 7.4.4 No Undisclosed Liabilities. No Group Entity has any liabilities or obligations, whether accrued or contingent (*Haftungsverhältnisse*), except (i) as disclosed in the Financial Statements; (ii) incurred since the date of the Financial Statements in the ordinary course of business consistent with past practice; or (iii) contractual liabilities incurred in the ordinary

course of business, which are not required to be recorded on a balance sheet according to GAAP as set out in Section 7.4.1 (i) and (ii).

#### Erläuterungen

- |  |  |
|--|--|
| 1. Erläuterungen zu Ziffer 7.4<br>2. Erläuterungen zu Ziffer 7.4.1<br>3. Erläuterungen zu Ziffer 7.4.2<br>4. Erläuterungen zu Ziffer 7.4.3 | 5. Erläuterungen zu Ziffer 7.4.4<br>6. Exkurs: Gewährleistung<br>7. Exkurs: Schadensersatz |
|--|--|

#### 1. Erläuterungen zu Ziffer 7.4

Bei der Gewährleistung betreffend den Jahresabschluss des Zielunternehmens (im Folgenden entsprechend dem üblichen, wenn auch nicht ganz präzisen Sprachgebrauch als „Bilanzgarantie“ bezeichnet) handelt es sich um eine zentrale Gewährleistung. Für den Käufer ist eine Bilanzgarantie von hohem Stellenwert, da der Jahresabschluss regelmäßig eine wesentliche Grundlage für die Bewertung des Zielunternehmens darstellt. Gleches gilt für Banken oder sonstige Dritte, die den Kaufpreis durch Gewährung eines Akquisitionsdarlehens oder auf sonstige Weise finanzieren (z.B. durch eine hochverzinsliche Anleihe (*High Yield Bond*) oder sonstige Kapitalmarktinstrumente).

Entsprechend der großen Bedeutung der Angaben im Jahresabschluss für die Darstellung der wirtschaftlichen Lage eines Unternehmens bildet die Bilanzgarantie sehr häufig den Gegenstand gewährleistungsrechtlicher Streitigkeiten der Parteien. Auf der Käuferseite hat die Bilanzgarantie ein hohes Erwartungs-, aber auch Enttäuschungspotential. Bei vielen Käufern herrscht die Vorstellung, aus einer Bilanzgarantie „sei immer etwas zu holen“. Verstrickt sich der Käufer dann allerdings in den besonderen Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Ersatzanspruches, so wird er nicht selten enttäuscht. Dies sollte Anlass geben, der Formulierung der Bilanzgarantie besondere Aufmerksamkeit zu widmen.

Ziffer 7.4 enthält ferner Gewährleistungen, die die Bilanzgarantie ergänzen, etwa zur Aufbewahrung von Buchungsbelegen und zu nicht bilanzierten Verbindlichkeiten (*No Undisclosed Liabilities*).

#### 2. Erläuterungen zu Ziffer 7.4.1

Nach der üblichen Formulierung gewährleistet der Verkäufer, dass der Jahresabschluss im Einklang mit den gesetzlichen Bestimmun-

gen und den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung (GoB) bzw. sonstiger Rechnungslegungsvorschriften (IFRS, US-GAAP etc.) aufgestellt worden ist und ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Zielunternehmens vermittelt.

a) **Kreis der einbezogenen Abschlüsse.** Beim Entwurf der Regelung stellt sich zunächst die Frage, auf welche Jahresabschlüsse sich die Gewährleistung beziehen soll. Ist es etwa sinnvoll, in die Regelung neben dem letzten Jahresabschluss des Zielunternehmens, der zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegt und im Rahmen der Due Diligence durch den Käufer geprüft wurde, auch frühere Jahresabschlüsse einzubeziehen? Hiervon wird oftmals abgesehen, da weit zurückliegenden Jahresabschlüssen keine oder nur eine untergeordnete Aussagekraft für die Lage des Zielunternehmens zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bzw. Effective Date zuerkannt wird bzw. davon ausgegangen wird, dass Geschäftsvorfälle aus früheren Geschäftsjahren, soweit noch relevant, im aktuellen Jahresabschluss Berücksichtigung gefunden haben. In der Regel wird daher nur der letzte, dem Vertragsabschluss unmittelbar vorangegangene Jahresabschluss einbezogen. Anders mag dies sein, wenn der Käufer ein besonderes Interesse an der Einbeziehung der Jahresabschlüsse früherer Jahre hat, etwa weil er oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen im Zusammenhang mit der Transaktion für den Inhalt dieser Jahresabschlüsse haftbar ist (etwa gegenüber den kreditgewährenden Banken bei der Finanzierung des Kaufpreises durch ein Darlehen oder Kapitalmarktinstrumente) oder hierdurch der Umfang der Gewährleistung der Bilanzierungs- und Bewertungsstetigkeit vergrößert werden soll.

Die Art der zu gewährleistenden Jahresabschlüsse kann je nach Einzelfall völlig unterschiedlich sein. Gegenstand der Gewährleistung können sein: testierte oder noch nicht testierte Jahresabschlüsse, Pro Forma-Jahresabschlüsse (z. B. Jahresabschluss in Bezug auf einen Unternehmensbereich, der zum Bilanzstichtag noch nicht ausgetragen war) sowie Zwischenabschlüsse (etwa zum Ende eines Quartals oder Halbjahres) und Eröffnungsbilanzen. Ferner kann es sich um Einzelabschlüsse oder um einen Konzernabschluss handeln. Aus Sicht des Käufers empfiehlt sich die Gewährleistung von einem oder mehreren Jahresabschlüssen mit möglichst aktuellem Bilanzstichtag, die sämtliche Zielgesellschaften abdecken und Gegenstand der Due Diligence waren.

Liegt ein konsolidierter Jahresabschluss des Zielunternehmens vor, so ist seine Einbeziehung in der Regel unverzichtbar, da er die wichtigste Quelle der für die Unternehmensbewertung des Käufers

## 7.5 Real Estate

**7.5.1 Owned Real Estate.** Exhibit 7.5.1 includes for each Group Entity a correct and complete list of all real estate owned or co-owned by such Group Entity, or subject to an inheritable building right (*Erbaurecht*), in-rem lease (*Dauernutzungsrecht*) or similar right in favor of such Group Entity, and correctly states for each such piece of real estate the location, applicable land register or other identification data, size, use, type of legal title, co-owners, if any, and encumbrances (the real estate listed or to be listed in Exhibit 7.5.1 the „Owned Real Estate“).

**7.5.2 Ownership; No Encumbrances.** Except as disclosed in Exhibit 7.5.1, each Group Entity is the unrestricted legal and beneficial owner of the Owned Real Estate listed for such Group Entity in Exhibit 7.5.1, and no piece of Owned Real Estate is (i) encumbered with any land charges or mortgages (*Grundpfandrechte*), planning obligations, covenants, options or other encumbrances (*Belastungen*); or (ii) subject to any unregistered or otherwise pending transfer (*Auflassung*) or other disposition (*Verfügung*) or any sale, contribution or other contractual arrangement creating an obligation to transfer any real estate or to create, change or remove any encumbrances.

**7.5.3 Charges.** All real estate taxes (*Grundsteuern*), development charges (*Erschließungsbeiträge*) and other public charges payable with respect to the Owned Real Estate which have become or will become due prior to the Effective Date have been fully paid or properly reserved in the Financial Statements.

**7.5.4 Leased Real Estate.** Exhibit 7.5.4 includes for each Group Entity a correct and complete list of all real estate leased by such Group Entity from any third party (including, without limitation, Seller, Seller's Affiliates or any other Group Entity), and correctly states for each such piece of real estate the location, size and use, the landlord and the date of the lease agreement (the real estate listed or to be listed in Exhibit 7.5.4 the „Leased Real Estate“). No real estate other than the Owned Real Estate and the Leased Real Estate is currently used by or necessary for any Group Entity to conduct its business as conducted on the Effective Date.

**7.5.5 Condition.** The Owned Real Estate and the Leased Real Estate, and the buildings and other fixtures thereon, have been

properly maintained, are in good order and repair (normal wear and tear excepted), are fit for the intended use and are in a condition adequate to conduct the business of the respective Group Entity as currently conducted and as proposed to be conducted in the future.

## Erläuterungen

Die Bestimmung enthält Gewährleistungen zu Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten (z. B. Erbbau- und Dauernutzungsrechte), die im Eigentum des Zielunternehmens stehen bzw. aufgrund eines Mietvertrages genutzt werden. Auch wenn zumindest die im Eigentum stehenden Grundstücke in der Bilanz erfasst und damit von der Bilanzgarantie gedeckt sind, ist eine entsprechende Gewährleistung über die Bilanzgarantie hinaus regelmäßig erforderlich, da zum einen der Buchwert des Grundstückes häufig deutlich unter dem Verkehrswert liegt und zum anderen die Bilanzgarantie weniger umfassend ist (z. B. keine Aussagen zur Lastenfreiheit des Grundstücks enthält).

Werden Grundstücke ausschließlich gemietet, so kann die Bestimmung in Ziffer 7.5 deutlich gekürzt werden. Bei Grundstücken und Gebäuden im Ausland ist zu prüfen, inwieweit eine Anpassung an die lokalen Besonderheiten erforderlich ist.

Ferner kann je nach den Besonderheiten des Einzelfalls eine Ergänzung der Bestimmung geboten sein, etwa zur Bebaubarkeit, zum Verkehrswert des Grundstücks, zur Nutzung des Grundstücks, zur Laufzeit und den Kündigungsfristen von Mietverträgen, Pflichten zum Rückbau bei Beendigung des Mietverhältnisses sowie zu Dienstbarkeiten und ähnlichen Rechten im Hinblick auf Nachbargrundstücke, die zur Erschließung notwendig sind.

## 7.6 IP Rights

7.6.1 **Owned IP Rights.** Exhibit 7.6.1 includes for each Group Entity a correct and complete list of all patents, utility models (*Gebrauchsmuster*), registered designs (*Geschmacksmuster*), trademarks (*Marken*), copyrights, trade, business and domain names, software protection rights and other intellectual property rights (*gewerbliche Schutzrechte*) and applications with respect to such rights (the „IP Rights“) (i) owned by such Group Entity; or (ii) owned by Seller or Seller's Affiliates and to be transferred to such Group Entity on, prior to or after the Effective Date pursuant to this Agreement, and correctly states for each such IP Right the type, subject matter, applicable register or other identification data and encumbrances (the IP Rights listed or to be listed in Exhibit 7.6.1 the „Owned IP Rights“). Except as shown in Exhibit 7.6.1, the Group Entities have not entered into license agreements as licensor with respect to any of the IP Rights.

7.6.2 **Ownership; No Encumbrances.** Each Group Entity is the unrestricted legal and beneficial owner of the Owned IP Rights listed for such Group Entity in Exhibit 7.6.1 and no Owned IP Right is (i) encumbered with any rights of any third party, including, without limitation, Seller, Seller's Affiliates or any other Group Entity; or (ii) subject to any non-registered or otherwise pending transfer or other disposition or any sale, contribution or other contractual arrangement creating an obligation to transfer or to create, change or abolish any encumbrances. The Group Entities are free to dispose of the Owned IP Rights in any manner, and such dispositions do not violate any legal obligations of any Group Entity.

7.6.3 **Maintenance.** The Group Entities have properly maintained and are continuing until the Effective Date to properly maintain the Owned IP Rights, in particular in relation to applications in a timely manner for renewals and the payment when due of all registration and renewal fees as well as all annuities.

7.6.4 **Licensed IP Rights.** Exhibit 7.6.4 includes for each Group Entity a correct and complete list of all IP Rights (i) licensed or sub-licensed by any third party (including, without limitation, Seller, Seller's Affiliates or any other Group Entity) to such Group Entity; and (ii) to be licensed or sub-licensed by any third party to such Group Entity on, prior to or after the Effective Date pursuant to this Agreement, and correctly states for each such IP Right the type, subject matter, applicable register or other identification data, if any, the licensor and the date of the license agreement (the IP Rights listed or to be listed in Exhibit 7.6.4 the „Licensed IP Rights“). All agreements providing for a license to a Group Entity of any rights to use any Licensed IP Rights are in full force and effect and enforceable against the licensor in accordance with their terms. No IP Rights other than the Owned IP Rights and the Licensed IP Rights are currently used by or necessary for any Group Entity to conduct its business as currently conducted and as proposed to be conducted in the future.

## 7.6 IP Rights

tive Date pursuant to this Agreement, and correctly states for each such IP Right the type, subject matter, applicable register or other identification data, if any, the licensor and the date of the license agreement (the IP Rights listed or to be listed in Exhibit 7.6.4 the „Licensed IP Rights“). All agreements providing for a license to a Group Entity of any rights to use any Licensed IP Rights are in full force and effect and enforceable against the licensor in accordance with their terms. No IP Rights other than the Owned IP Rights and the Licensed IP Rights are currently used by or necessary for any Group Entity to conduct its business as currently conducted and as proposed to be conducted in the future.

7.6.5 **No Challenges, Proceedings.** To Seller's Best Knowledge, (i) the Owned IP Rights and Licensed IP Rights have not been challenged (*angegriffen*) by any third party; (ii) no such challenge has been threatened in writing; and (iii) there are no circumstances which would give rise to such challenge. None of the IP Rights is subject to any pending judgment, injunction, order or decree issued against Seller or a Group Entity restricting the use thereof by it or restricting the licensing thereof by it to any third party.

7.6.6 **No Infringement.** To Seller's Best Knowledge, no Group Entity infringes upon (*verletzt*) any IP Right of any third party (including without limitation those of Seller and Seller's Affiliates). No such infringement has been asserted in writing. To Seller's Best Knowledge, no third party (including without limitation Seller and Seller's Affiliates) infringes upon any of the Owned IP Rights.

7.6.7 **Employee Invention Act.** Each Group Entity has duly complied with, to the extent required by law, contract or otherwise, the provisions of the German Act on Employee Inventions (*Arbeitnehmererfindungsgesetz*) or similar foreign law. All Group Entities have paid all remuneration to persons entitled to any compensation under the German Act on Employee Inventions or agreements entered into under such Act up to and including the Effective Date.

## Erläuterungen

Die Bestimmung enthält einen Katalog mit Gewährleistungen zu gewerblichen Schutzrechten, wie sie üblicherweise bei Zielunternehmen verwendet werden, bei denen gewerbliche Schutzrechte

wichtig sind. Je nach Branche bedarf dieser Katalog ggf. der Erweiterung (z.B. bei Verlagsgesellschaften, IT-Unternehmen, Pharmaunternehmen) oder kann in seinem Umfang stark gekürzt oder sogar vollständig gestrichen werden (so ggf. bei reinen Dienstleistungsunternehmen ohne gewerbliche Schutzrechte).

Die Gewährleistung der Nichtverletzung von gewerblichen Schutzrechten Dritter durch das Zielunternehmen wird häufig nur nach bestem Wissen des Verkäufers (*Seller's Best Knowledge*) abgegeben, da sich meist gar nicht oder nur mit unverhältnismäßig großem Aufwand klären lässt, ob derartige Schutzrechte Dritter bestehen und von dem Zielunternehmen verletzt werden.

Mitunter verlangen Käufer eine Gewährleistung zum Know-how des Zielunternehmens. Regelmäßig wird es allerdings nicht oder nur eingeschränkt möglich sein, das Know-how zu beschreiben und die Beschreibung dem SPA als Anlage beizufügen. Dies wäre jedoch für die Zwecke der Definition des Know-hows als IP Right gemäß Ziffer 7.6.1 erforderlich. Spielt der Schutz des Know-how eine besonders wichtige Rolle, behilft man sich mit speziellen Gewährleistungen zum Know-how, wonach etwa gewährleistet wird, dass im Einzelnen bezeichnetes Know-how schriftlich dokumentiert ist und bestimmte Maßnahmen zur Geheimhaltung getroffen worden sind.

Nicht immer wird daran gedacht, in den Gewährleistungskatalog die Einhaltung der Vorschriften des Arbeitnehmererfindungsgesetzes aufzunehmen. Dieser Punkt sollte aus Sicht des Käufers wohl bedacht sein, da gerade bei mittelständischen Unternehmen nicht selten versäumt wird, Arbeitnehmer im Hinblick auf ihre Erfindungen in Anspruch zu nehmen und die gesetzlich vorgeschriebenen Vergütungen an die Arbeitnehmererfinder zu zahlen.

## 7.7 Assets; Information Technology

**7.7.1 Assets.** Each Group Entity is the owner of all fixed assets (*Anlagevermögen*) and of all current assets (*Umlaufvermögen*) (collectively the „Assets“) which have been included in the Financial Statements of such Group Entity, except for the Assets (i) which have been disposed of since the date of the respective Financial Statements in the ordinary course of business consistent with past practice; or (ii) the loss of which has been disclosed in Exhibit 7.7.1-1. The Assets are not encumbered with any rights of any third party (including without limitation any rights of Seller, Seller's Affiliates or any other Group Entity) except for (a) customary retention of title rights (*Eigentumsvorbehalte*), liens, pledges or other security rights in favor of suppliers, mechanics, workmen, carriers and the like; (b) security rights of any kind granted to banks and other lenders in respect of Financial Debt shown in the Financial Statements; (c) statutory liens and other security rights in favor of tax authorities or other governmental entities; (d) other encumbrances as shown in Exhibit 7.7.1-2; and (e) easements granted in the ordinary course of business. The Group Entities are free to dispose of the Assets in any manner, and such dispositions do not violate any legal obligations of any Group Entity.

**7.7.2 Condition.** The Assets and any assets leased by the Group Entities have been properly maintained, are in good working order and repair (normal wear and tear excepted), are fit for the intended use and are in a condition and quantity adequate to conduct the business of the Group Entities as currently conducted or as proposed to be conducted in the future. No capital expenditures regarding the fixed assets of the Group Entities have been deferred within the last [\_\_] months prior to the Effective Date.

**7.7.3 Information Technology.** Each Group Entity either owns or holds valid leases and/or licenses to all computer hardware, software, networks and other information technology (collectively „Information Technology“) which is used by or necessary for such Group Entity to conduct its business as conducted on the Effective Date. Such leases or licenses are effective for, and cannot be terminated by the respective other party thereto with a notice period of less than [\_\_] months after the Effective Date. During the last [\_\_] months prior to the Effective Date, there have been no interruptions, data losses

or similar incidents attributable to the Information Technology owned or used by such Group Entity which had a material adverse effect on such Group Entity's business. The Information Technology owned or used by the Group Entities has the capacity and performance necessary to meet the requirements of the Group Entities.

#### Erläuterungen

Die Bestimmung betrifft Gegenstände des Anlage- und Umlaufvermögens sowie die EDV des Zielunternehmens. Im Hinblick auf die Tatsache, dass diese Vermögenswerte in der Bilanz bereits vollständig abgeschrieben sein könnten, genügt insoweit die Bilanzgarantie nicht. Ferner sind aus der Bilanz Pfandrechte Dritter und sonstige Belastungen nicht zu ersehen. Vor diesem Hintergrund ergibt sich die Notwendigkeit einer gesonderten Gewährleistung dahingehend, dass die in der Bilanz erfassten Vermögensgegenstände des Anlage- und Umlaufvermögens im Eigentum des Zielunternehmens stehen und (vorbehaltlich von Eigentumsvorbehalten und ähnlichen branchenüblichen Sicherungsrechten) frei von Rechten Dritter sind.

Soweit Gegenstände des Anlagevermögens auf Grundlage eines Leasingvertrages vom Zielunternehmen genutzt werden, sind die entsprechenden vertraglichen Vereinbarungen gemäß Ziffer 7.8 des Vertragsmusters als „Material Agreement“ anzugeben.

Die Bestimmung in Ziffer 7.7.2 enthält schließlich eine Angabe zum Zustand der Gegenstände des Anlagevermögens (einschließlich der geleasten Vermögensgegenstände) sowie zu Investitionen betreffend das Anlagevermögen (*capital expenditures*).

Die Bestimmung zur EDV in Ziffer 7.7.3 trägt der Bedeutung von EDV-Systemen für den Erfolg von Unternehmen Rechnung. Im Einzelfall (z.B. bei Zielunternehmen, bei denen die EDV einen besonderen Stellenwert hat) ist die Klausel zu ergänzen.

#### 7.8 Material Agreements

7.8.1 Material Agreements. Except for agreements entered into after the date of this Agreement in the ordinary course of business consistent with past practice, Exhibits 7.8.1 (i) through (xiv) include for each Group Entity correct and complete lists of the following agreements, and correctly state for each such agreement the type of agreement, parties, date and nature as well as the date of any ancillary agreements, amendments, side letters, waivers and similar documents, if any (the agreements listed or to be listed in Exhibit 7.8.1 (i) through (xiv) the „Material Agreements“):

- (i) agreements for joint ventures, strategic alliances, joint development of products and other forms of cooperation or similar purposes, other than the Shareholders' Agreements;
- (ii) credit agreements with any Group Entity as a lender or borrower and other instruments evidencing financial indebtedness of any Group Entity, in each case with outstanding amounts (including, without limitation, interest accrued) in excess of EUR [\_\_] (in words Euro [\_\_]);
- (iii) guarantees, suretyships (*Bürgschaften*), letters of comfort (*Patronatserklärungen*), performance or warranty bonds and similar instruments issued by any third party (including, without limitation, Seller and Seller's Affiliates) or any Group Entity, in either case to secure any indebtedness or other obligation of a Group Entity;
- (iv) agreements regarding swaps, options, forward sales or purchases, futures and other financial derivatives and combinations thereof;
- (v) agreements to sell or otherwise dispose of any assets with a fair market or replacement value in excess of EUR [\_\_] (in words Euro [\_\_]);
- (vi) agreements relating to capital expenditures involving an amount exceeding EUR [\_\_] (in words Euro [\_\_]);
- (vii) real estate lease agreements with any Group Entity as landlord or tenant involving an annual rent (without ancillary costs) in excess of EUR [\_\_] (in words Euro [\_\_]);

- (viii) lease agreements (other than the real estate lease agreements under (vii) above) with any Group Entity as lessor or lessee involving an annual rent (without ancillary costs) in excess of EUR [\_\_] (in words Euro [\_\_]);
- (ix) license agreements with any Group Entity as licensee or licensor which resulted during the last fiscal year, or are likely to result during the current fiscal year, in annual royalties in excess of EUR [\_\_] (in words Euro [\_\_]);
- (x) agreements with customers that generated sales in the last fiscal year in excess of EUR [\_\_] (in words Euro [\_\_]);
- (xi) agreements with suppliers of any goods or services who received payments from the Group Entities (including any VAT) in the last fiscal year in excess of EUR [\_\_] (in words Euro [\_\_]);
- (xii) agency agreements, agreements with independent dealers and distributors, franchise agreements or other distribution agreements;
- (xiii) consultancy agreements (*Beraterverträge*) providing for an annual remuneration in excess of EUR [\_\_] (in words Euro [\_\_]); and
- (xiv) except as disclosed in any other Exhibit to this Section 7.8.1:
  - (a) agreements with principal obligations (*Hauptleistungspflichten*) not yet fully performed and involving a consideration or liability of a Group Entity or any other party of more than EUR [\_\_] (in words Euro [\_\_]) per annum;
  - (b) agreements with Seller, Seller's Affiliates, any other owner of any Interests in the respective Group Entity or any of their Related Parties; and
  - (c) agreements which have a value in excess of EUR [\_\_] (in words Euro [\_\_]) which can not be terminated by the Group Entities upon less than [\_\_] months' notice.

**7.8.2 Status of the Material Agreements.** Except as disclosed in Exhibit 7.8.1 (i) through (xiv), (i) the Material Agreements are in full force and effect and are enforceable against the parties thereto in accordance with their terms, unless this would not

cause a material adverse change to the Group Entities taken as a whole; (ii) no party to a Material Agreement has given written notice of termination or indicated in writing that it will give notice of termination, and no circumstances exist which give any party to a Material Agreement the right to terminate or modify such Material Agreement; (iii) [no party to a Material Agreement is/the Group Entities are not] in material breach of a Material Agreement; and (iv) [the execution or consummation of this Agreement or the transactions contemplated therein do not trigger any change-of-control rights of any party to a Material Agreement/the Material Agreements do not provide for any change-of-control rights of any party other than the Group Entities].

#### Erläuterungen

Der Gewährleistung zum Bestand (unter Ziffer 7.8.1) sowie zum Status (unter Ziffer 7.8.2) wesentlicher Verträge kommt je nach Zielunternehmen eine besondere Bedeutung zu. Verträge sind eine maßgebliche Quelle der Umsatz- und Kostenerwartungen des Zielunternehmens, die in der Regel unmittelbar in die Unternehmensbewertung einfließen.

Ziel der Gewährleistung ist es daher, dem Käufer Schutz vor wirtschaftlich nachteiligen Verträgen zu gewähren, die ihm bei Vertragschluss nicht bekannt waren. Als Beispiel seien etwa verlustträchtige Kundenverträge, Joint Venture-Vereinbarungen mit Dritten, die für das Zielunternehmen ungünstige Regelungen enthalten, Vereinbarungen mit dem Verkäufer und dessen Angehörigen, deren Abwicklung zu verdeckten Gewinnausschüttungen führt, und Wettbewerbsverbote genannt.

Außerdem sollen der Bestand und die ordnungsgemäße Erfüllung von solchen Verträgen gesichert werden, die erhebliche Bedeutung für den künftigen Erfolg des Unternehmens haben. Zu dieser Kategorie gehören beispielsweise wichtige Verträge mit Lieferanten, Lieferverträge, Lohnherstellungsverträge sowie Werk- und Dienstverträge. Im Hinblick auf die Umsätze des Unternehmens sind die Kundenverträge (Rahmenverträge, bedeutende Einzelbestellungen, Lieferverträge) relevant. Zudem können Verträge existieren, die lediglich unter besonderen Voraussetzungen zu erhöhten Aufwendungen führen (z.B. ein Mietvertrag für eine größere Fläche, der unmittelbar nach dem Effective Date endet mit der Folge, dass Umzugskosten und höhere Mietaufwendungen in einem neuen Mietobjekt zu tragen sind).

Die Bilanzgarantie kann eine Gewährleistung betreffend die wesentlichen Verträge des Zielunternehmens nicht ersetzen. Zwar wird man im Regelfall davon ausgehen können, dass die wirtschaftlichen Folgen eines Vertrages ergebniswirksam und damit für die Bilanzgarantie relevant werden. Die Bilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung beziehen sich allerdings auf ein bereits abgeschlossenes Geschäftsjahr, d.h. sie blicken in die Vergangenheit. Die Chancen und Risiken im Zusammenhang mit wichtigen Verträgen wirken sich hingegen häufig erst nach dem Bilanzstichtag aus. Ein umsichtiger Käufer wird daher neben einer Bilanzgarantie regelmäßig auch eine Gewährleistung betreffend wesentliche Verträge verlangen.

Die Gewährleistung enthält zunächst eine Erklärung des Verkäufers, sämtliche Verträge einer bestimmten Art seien in einer Anlage zum Vertrag aufgeführt (vgl. Ziffer 7.8.1). Die Gesamtheit dieser Verträge wird als „Material Agreements“ definiert. Sodann werden Gewährleistungen zum Status der Material Agreements abgegeben (z.B. „the Material Agreements are valid and legally binding“, „no notice of termination has been given“, „no change of control provisions“).

Verkäufer werden möglicherweise auf folgende Einschränkungen der Gewährleistung drängen:

- Gewährleistung nur für schriftlich abgeschlossene Verträge,
- keine Gewährleistung für Verträge, die nach dem Abschluss des SPA im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb (ordinary course of business) geschlossen wurden,
- keine Gewährleistung für konzerninterne Verträge,
- Gewährleistung unter dem Vorbehalt von Seller's Best Knowledge,
- keine Gewährleistung für Verträge, deren Hauptleistungspflichten bereits erfüllt sind,
- keine Gewährleistungen zu bestimmten Arten von Verträgen bzw. Beschränkung auf besonders wesentliche Verträge einer bestimmten Art (etwa hohe Schwellenwerte),
- keine Gewährleistung zur Erfüllung der Verpflichtungen aus den wesentlichen Verträgen bzw. Beschränkung dieser Gewährleistung auf Vertragsverletzungen, die wesentlich sind oder zu einem „material adverse change“ der Geschäftsausübung des Zielunternehmens als Ganzes führen,
- keine Gewährleistung dahingehend, dass Vertragspartner nicht change-of-control-Rechte im Hinblick auf den Abschluss und den Vollzug des Kaufs des Zielunternehmens ausüben.

## 7.9 Employees

**7.9.1 List of Employees.** Exhibit 7.9.1 includes for each Group Entity a correct and complete list of its employees (*Arbeitnehmer*). Such list correctly states for each employee the department, function/position, date of birth, start of employment, fixed monthly gross salary and other material entitlements, if and to the extent it is legally permissible to disclose such data under applicable mandatory data protection law.

**7.9.2 Directors; Officers; Material Employees.** Exhibit 7.9.2 includes for each Group Entity a correct and complete list of its (i) Directors; (ii) Officers; and (iii) employees with (a) a fixed annual gross salary in excess of [ ] (in words Euro [ ]); (b) a fixed term of employment of more than [two (2)] years; (c) a notice period of more than [six (6)] months (other than notice periods under mandatory provisions of statutory law); and (d) a contractual entitlement to a severance payment in excess of [ ] (in words Euro [ ]) (collectively the „Key Employees“). Such list correctly states for each Director, Officer and Key Employee the date of his/her service or employment contract and the nature and date of all ancillary agreements, amendments, side letters, waivers and similar documents, if any (such contracts together the „Key Personnel Contracts“).

**7.9.3 Status of Key Personnel Contracts.** Except as disclosed in Exhibit 7.9.2, (i) no party to a Key Personnel Contract has given or is reasonably likely to give notice of termination, and no circumstances exist which give any party to a Key Personnel Contract a special right to terminate or modify such Key Personnel Contract; and (ii) the execution or consummation of this Agreement or the transactions contemplated therein do not trigger any such rights of any Director, Officer or Key Employee.

**7.9.4 Employee Benefits.** Exhibit 7.9.4 includes for each Group Entity a correct and complete list of all agreements and other commitments, whether of an individual or collective nature and including commitments based on works custom (*betriebliche Übung*), regarding employee benefits such as anniversary, holiday or jubilee payments, bonuses, profit participation or other variable remuneration elements and stock options, stock appreciation rights or similar rights, other than Pension Commitments (as defined below) (the „Employee Benefits“). Such list correctly states the legal basis for the Employee Benefits and

the nature and dates of the respective agreements or other commitments.

**7.9.5 Pensions.** Exhibit 7.9.5 includes for each Group Entity a correct and complete list of all agreements and other commitments, whether of an individual or collective nature and including commitments based on works custom (*betriebliche Übung*), regarding pensions (*betriebliche Altersversorgung*) under which such Group Entity has any obligations (the agreements or other commitments listed or to be listed in Exhibit 7.9.5 the „Pension Commitments“). All obligations under or in connection with the Pension Commitments, including obligations arising by operation of law that have become due, have been fulfilled by the Group Entities. Except as disclosed in Exhibit 7.9.5, all future obligations under or in connection with the Pension Commitments, including obligations arising by operation of law, appertaining to periods until the Effective Date are fully funded according to the requirements established by law and the Pension Commitments based on the most recent actuarial data. Each Group Entity has set aside book reserves for pension liabilities as required by law and the Pension Commitments. In the past all pensions provided by the Group Entities have been adjusted regularly as required by Section 16 German Company Pension Act (*BetrAVG*) or, where applicable, by equivalent provisions of foreign law or contractual provisions, and no backlog adjustments (*nachholende Anpassungen*) are required to be made for periods until the Effective Date.

**7.9.6 Collective Agreements.** Exhibit 7.9.6 includes for each Group Entity a correct and complete list of (i) all reconciliation of interest agreements (*Interessenausgleiche*) and social plans (*Sozialpläne*); and (ii) any collective arrangements, whether in the form of general commitments (*Gesamtzusagen*), standard terms of employment (*vertragliche Einheitsregelungen*), works agreements (*Betriebsvereinbarungen*), collective bargaining agreements (*Tarifverträge*) or in any other legal form under the laws of any jurisdiction which restrict the Group Entities' freedom to dismiss any of their employees or to change the terms of employment of their employees (including restrictions in the form of an obligation to make, in the case of dismissals or changes to terms of employment, any payments) (the „Collective Agreements“).

**7.9.7 Labor Disputes.** Except as disclosed in Exhibit 7.9.7, in the last three (3) years the Group Entities have not experienced any dis-

putes with any Authorities (in particular regarding disabled persons and repayment duties) or any strike or labor interruption.

**7.9.8 Payment of Compensation.** All compensation and withholding obligations of the Group Entities to or in respect of their current and former employees for periods until the Effective Date have been paid by the Group Entities or have been properly provided for in the Financial Statements.

#### Erläuterungen

Die Gewährleistungen zu Arbeitnehmern des Zielunternehmens sind in der Regel ebenfalls ausführlich. Zum einen geht es dem Käufer darum, dass die Personalkosten und Pensionsverpflichtungen insgesamt nicht höher sind als bei Vertragsabschluss angenommen. Diesem Interesse dienen die Liste der Arbeitnehmer mit Angaben zu Zahl, Namen und Gehalt der Arbeitnehmer (auch Schutz vor Scheinselbstständigen sowie Arbeitnehmern mit suspendiertem Arbeitsverhältnis aufgrund von Mutterschutz, Erziehungsurlaub oder Militär- und Zivildienst) und die Gewährleistungen zu Boni, Abfindungen sowie kollektivrechtlichen Regelungen (Interessenausgleich, Sozialplan, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag).

Im Einzelfall kann der Erfolg des Zielunternehmens stark von einzelnen Geschäftsführern/Vorständen bzw. Arbeitnehmern (*Key Employees*) abhängig sein. Für den Käufer stellt sich die Frage, wie die Risiken eines Weggangs oder eines Streits mit den Key Employees abgesichert werden können. Der durch diese Gewährleistung vermittelte Schutz ist allerdings begrenzt, da es dem Käufer im Falle einer Verletzung der Gewährleistung regelmäßig schwerfallen dürfte, den hierdurch verursachten Schaden, der über die Kosten der Neubesetzung des Arbeitsplatzes hinausgeht, darzulegen. Ein umsichtiger Käufer wird sich daher auch in anderer Weise absichern. So kommt etwa in Betracht, das Fortbestehen eines ungekündigten Anstellungs- bzw. Arbeitsverhältnisses mit den Key Employees als Closing Condition vorzusehen (vgl. Ziffer 6.1 (viii)). Unabhängig von den Regelungen im SPA ist dem Käufer allerdings dringend zu empfehlen, sich im Rahmen von persönlichen Gesprächen mit den Key Employees davon zu überzeugen, dass diese Mitarbeiter auch weiterhin dem Zielunternehmen zur Verfügung stehen werden, und im Einzelfall verbesserte Konditionen in Aussicht zu stellen.

Beabsichtigt der Käufer im Anschluss an den Unternehmenskauf die Durchführung von personellen oder betrieblichen Umstrukturierungen (Kündigungen, Betriebsschließungen etc.), so muss er darauf

## 7.10 Permits; Compliance; Public Subsidies

- 7.10.1 Permits.** Except as disclosed in Exhibit 7.10.1, (i) each Group Entity holds all permits, licenses and other public law approvals (*öffentlich-rechtliche Erlaubnisse*) which are necessary to conduct its business (the „Permits“); (ii) the Permits are in full force and effect (*bestandskräftig*), and to Seller’s Best Knowledge they have not been challenged (*angefochten*) by any third party and there are no circumstances which would justify such challenge; and (iii) no proceedings regarding a revocation (*Widerruf*) or withdrawal (*Rücknahme*) of any Permit have been initiated or to Seller’s Best Knowledge threatened.
- 7.10.2 Compliance with Permits and Laws.** Except as disclosed in Exhibit 7.10.2, each Group Entity is and within the last [three (3)] years prior to the date of this Agreement has been in compliance with (i) the Permits (including, without limitation, any ancillary provisions (*Nebenbestimmungen*) thereto); (ii) applicable laws; and (iii) orders, decrees or rulings of, or restrictions imposed by, any court or Authority (the „Administrative Orders“).
- 7.10.3 Subsidies.** All public grants (*Zuschüsse*), allowances, aids and other subsidies (*Subventionen*) in whatever form (the „Public Subsidies“) received by the Group Entities within the period of [five (5)] years prior to the date of this Agreement are listed in Exhibit 7.10.3 and such list indicates the nature of the Public Subsidy and dates of any administrative orders, agreements or other instruments on which basis the Public Subsidy was given, the Group Entity which received the Public Subsidy and the amounts received. No proceedings regarding a revocation or withdrawal of a Public Subsidy have been initiated or, to Seller’s Best Knowledge, threatened, and to Seller’s Best Knowledge there are no circumstances, which would justify the initiation of such proceedings. Each Group Entity is in full compliance with its obligations under or in connection with the Public Subsidies, including the obligations under any ancillary provisions in the respective orders or agreements thereto. Except as disclosed in Exhibit 7.10.3, no Group Entity is obliged under the Public Subsidies to maintain a certain level of employees or to make any investments. No Public Subsidy will have to be repaid in whole or in part due to the execution or consummation of this Agreement.

## Erläuterungen

Die Bestimmung enthält Gewährleistungen zu öffentlich-rechtlichen Erlaubnissen (Ziffer 7.10.1), zur Beachtung gesetzlicher Pflichten (Ziffer 7.10.2) sowie zu Subventionen (Ziffer 7.10.3).

Ziffer 7.10.1 sieht Gewährleistungen zur Existenz und zum Status der Erlaubnisse vor („*Each Group Entity holds all permits.*“; „*The Permits are in full force and effect and have not been challenged.*“). Von Fall zu Fall wird der Verkäufer die Gewährleistung auf besonders wesentliche Erlaubnisse beschränken bzw. keine Haftung für beeinträchtigende Umstände übernehmen wollen, die außerhalb seiner Kontrolle liegen oder ihm nicht bekannt sind (*Seller’s Best Knowledge*).

Im Vertragsmuster wird nicht zwischen verschiedenen Arten von Erlaubnissen unterschieden. Im Falle des Erwerbs von Unternehmen, bei denen Erlaubnisse eine besondere Bedeutung haben (Pharmounternehmen, Banken und Versicherungen, Luftfahrtunternehmen, Bio-Tech-Unternehmen, Krankenhäuser, Telekommunikationsunternehmen etc.) oder damit gerechnet werden muss, dass Erlaubnisse nicht vorliegen, empfiehlt es sich aus Käufersicht, maßgeschneiderte Gewährleistungen in das SPA aufzunehmen.

Der Verkäufer wird der Gewährleistung der Beachtung sämtlicher gesetzlicher Vorschriften in Ziffer 7.10.2 möglicherweise entgegenhalten, dass sie tatbestandlich einen sehr weiten Umfang hat. Allerdings werden viele kleinere Gesetzesverstöße des Zielunternehmens nicht zu einem Anspruch des Käufers auf Schadensersatz wegen Gewährleistungsverletzung führen, da damit verbundene Schäden unterhalb der *De Minimis*-Schwelle liegen. Ein vorsichtiger Verkäufer wird die Gewährleistung aber gleichwohl begrenzen wollen, etwa durch einen Kenntnisvorbehalt oder eine Beschränkung auf wesentliche Risiken (z.B. mit der einschränkenden Formulierung „*unless such breach would not result in a material adverse change to the Business of the Group Entities*“).

Ziffer 7.10.3 sieht schließlich eine Gewährleistung zu Subventionen, Beihilfen und öffentlich-rechtlichen Zuschüssen vor, die das Zielunternehmen erhalten hat. Insoweit ergeben sich mehrere Risiken, deren Absicherung der Käufer anstrebt. Zunächst besteht das Risiko, dass Verwaltungsakte oder andere Erklärungen oder Maßnahmen ergangen sind, die eine Pflicht zur Rückzahlung der Subventionen begründen. Ferner kann es sein, dass ein verlorener Zuschuss unter bestimmten Auflagen, wie etwa der Beschäftigung einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern, gewährt worden ist. Bei einem Verstoß besteht damit das Risiko einer Pflicht zur Rückzahlung. Rückzahlungspflichten können sich schließlich aus dem Abschluss

und Vollzug des Unternehmenskaufvertrages ergeben, wenn die zugrunde liegenden Subventionsbescheide eine *Change of Control-Klausel* enthalten.

**7.11 Product Liability.** Except as disclosed in Exhibit 7.11 the products designed, manufactured or distributed and the services rendered by the Group Entities prior to the Effective Date do not suffer from any defects which give or could give rise to any product liability or warranty claims and no such claims have been made against any Group Entity.

#### Erläuterungen

Bei produzierenden Unternehmen bestehen Risiken aus Produkthaftung sowie Gewährleistung für mangelhafte Produkte, die im Folgenden synonym als Produkthaftung bezeichnet werden. Art und Umfang dieser Risiken und damit die Bedeutung der Thematik für den Unternehmenskauf hängen von den hergestellten Produkten ab. Daneben kann von Bedeutung sein, in welchen Ländern die Produkte vertrieben werden (so drohen etwa in den USA besonders hohe Haftungsansprüche, sog. *Punitive Damages*). Mitunter können Produkthaftungsrisiken sowohl im Hinblick auf die Höhe der zu ersetzenen Schäden als auch im Hinblick auf die Reputation des Unternehmens eine zentrale Bedeutung haben, etwa in der Pharmaindustrie (siehe z.B. Fälle Contergan oder Lipobay), der Automobilindustrie (Kosten von Rückrufaktionen) sowie der Lebensmittelindustrie (US-Prozesse gegen Tabakunternehmen). Hinsichtlich dieses Risikos kommt es auch darauf an, inwieweit für Risiken ausreichender Versicherungsschutz besteht.

Auch diese Gewährleistung wird durch eine Bilanzgarantie nicht entbehrlich. Die Bilanzgarantie erfasst lediglich Produkthaftungsansprüche, die zum Bilanzstichtag bestanden haben und zu diesem Zeitpunkt bekannt waren bzw. im Zeitraum der Wertaufhellungsperiode bekannt geworden sind. Allein für diese Ansprüche wären nach Maßgabe der einschlägigen Bilanzgrundsätze Rückstellungen zu bilden. Keinen Schutz bietet die Bilanzgarantie für Produkthaftungsansprüche, die erst nach diesem Zeitpunkt bekannt geworden oder erst nach dem Bilanzstichtag eingetreten sind.

Die Bestimmung in Ziffer 7.11 enthält daher eine weitreichende Produkthaftungsgewährleistung, die auf dem Konzept beruht, dass das Risiko für Produkthaftungsfälle für bis zum Effective Date hergestellte, vertriebene und veräußerte Produkte vollständig beim Verkäufer verbleibt. Es handelt sich damit um eine objektive Gewährleistung, die auch solche Produkthaftungsrisiken einbezieht, die dem Zielunternehmen erst nach dem Effective Date bekannt werden. Alternativ zu dieser Vertragsbestimmung kann der Verkäufer lediglich

gewährleisten, dass zum Effective Date keine anderen als die offengelegten Produkthaftungsansprüche geltend gemacht wurden. Das Risiko noch nicht geltend gemachter, aber möglicherweise „schlummernder“ Produkthaftungsansprüche geht damit gemäß der Alternativregelung auf den Käufer über.

Im Zusammenhang mit der Produkthaftungsgewährleistung ist darauf zu achten, dass Produktmängel nicht nur zu großen Einzelschäden führen können, sondern auch zu kleineren Schäden bei einer Vielzahl von Produkten der gleichen Art (Serienschäden). Jeder einzelne Schaden kann für sich genommen unterhalb des Schwellenwertes für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch den Käufer liegen (*De Minimis*), insgesamt können die Schäden jedoch erhebliches Gewicht haben. Es ist daher geboten, in der Regelung zur De Minimis-Schwelle vorzusehen, dass für die Zwecke dieses Schwellenwertes Serienschäden als ein Haftungsfall zu behandeln sind (vgl. Ziffer 8.7). Da Produkthaftungsfälle häufig erst nach vielen Jahren eintreten oder bekannt werden, sollte für die Produkthaftungsgewährleistung ferner eine längere Verjährungsfrist vorgesehen werden als für die übrigen Gewährleistungen (vgl. Ziffer 8.8).

Hat das Zielunternehmen für Produkthaftungsrisiken Rückstellungen gebildet, so stellt sich die Frage, welche Auswirkungen diese auf die Produkthaftungsgewährleistung haben sollen. Dies wird sich meist nach der allgemeinen Regelung zu den Auswirkungen von Rückstellungen auf die Gewährleistungsverpflichtung des Verkäufers richten (vgl. Ziffer 11.1 (iii)). Sind die Rückstellungen in die Kaufpreisermittlung des Käufers eingeflossen, so wird in der Regel ver einbart, dass Gewährleistungsansprüche insoweit ausgeschlossen sind (vgl. Ziffer 11.1 (iii)).

Legt der Käufer Produkthaftungsrisiken ausdrücklich offen, so müssen sich Käufer und Verkäufer auf eine sachgerechte Verteilung der (finanziellen) Risiken einigen. Sind die Risiken schon in die Kaufpreisermittlung des Käufers eingeflossen, wird er diesbezüglich keine Gewährleistung mehr verlangen können. Ist dies nicht der Fall, insbesondere weil der Eintritt entsprechender Verpflichtungen noch ungewiss oder ihre Höhe zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht hinreichend bestimmbar ist, wird der Käufer auf eine Rückgriffsmöglichkeit bestehen. Diese erfolgt dann nicht über die Gewährleistungen, sondern über eine besondere Freistellungsregelung, die in Ziffer 10 des Vertragsmusters aufzunehmen wäre.

**7.12 Insurance.** Exhibit 7.12 includes a correct and complete list of all insurance policies maintained by or on behalf of the Group Entities including details of the insured, insured risk, insurance company, policy number, date, term, annual premium and maximum amount of coverage (the policies listed or to be listed in Exhibit 7.12, the „Insurance Policies“). The Insurance Policies provide insurance coverage against all risks against which insurance is customarily sought for comparable businesses. The Insurance Policies are and will remain in full force and effect until the Effective Date, and the coverage is sufficient to adequately cover such risks. No Insurance Policy will lapse or otherwise be affected as a result of or in connection with the execution or consummation of this Agreement or the transactions contemplated therein. All premiums due under the Insurance Policies have been duly paid and there has been no breach of any material obligation of any Group Entities under the Insurance Policies.

#### Erläuterungen

Die Bestimmung soll sicherstellen, dass das Zielunternehmen für den Zeitraum bis zum Effective Date über ausreichenden Versicherungsschutz verfügt. Zu beachten ist, dass bei einer Gewährleistung bestimmter Versicherungspolicen der Verkäufer lediglich für den Geltungszeitraum dieser Policien einsteht und Zeiträume, die vor dem Abschluss der Policien liegen, nicht erfasst sind. Das Interesse des Käufers an ausreichendem Versicherungsschutz des Zielunternehmens wird nicht dadurch ausgeräumt, dass dem Käufer durch die Gewährleistungen im SPA in einem gewissen Umfang paralleler Schutz zuteil wird. Denn der Schutz durch die Gewährleistungen des SPA erfasst oftmals nur die wesentlichen Problembereiche, nicht aber die Risiken des geschäftlichen Alltags des Zielunternehmens. Soweit sich Gewährleistungen und Versicherungsschutz überschneiden, geht der Versicherungsschutz vor (vgl. Ziffer 11.1 (ii)).

In der Regel erwartet der Käufer, dass der Verkäufer für den Bestand der in der Due Diligence offengelegten Versicherungspolicen Gewähr leistet. Das Vertragsmuster sieht daher vor, dass die Versicherungspolicen im Einzelnen in einer Anlage zum Unternehmenskaufvertrag aufgeführt werden. Der Verkäufer gewährleistet außerdem, dass die Policien branchenüblichen Versicherungsschutz gewähren, durch den Abschluss und den Vollzug des SPA nicht beeinträchtigt werden und bis zum Effective Date wirksam bleiben

sowie dass alle Beiträge bezahlt wurden und keine wesentlichen Obliegenheitsverletzungen vorliegen, die den Versicherungsschutz gefährden könnten.

Bei Konzerngesellschaften sind häufig nicht die einzelnen Gesellschaften individuell versichert, sondern es besteht Versicherungsschutz auf der Grundlage einer Police, die für mehrere Konzerngesellschaften gilt (*Umbrella Insurance Policy*). Handelt es sich bei dem Zielunternehmen um eine Konzerngesellschaft, so wird der Käufer regelmäßig damit zu rechnen haben, dass der Konzernversicherungsschutz (vorbehaltlich kurzer Übergangszeiträume) mit dem Closing entfällt und daher zwischen Vertragsabschluss und Closing die Vereinbarung neuen Versicherungsschutzes durch das Zielunternehmen oder den Käufer zu veranlassen ist.

Im Hinblick auf die Lückenlosigkeit des Versicherungsschutzes sollte berücksichtigt werden, dass insbesondere im angelsächsischen Rechtskreis alternativ auch Claims Made-Versicherungen abgeschlossen werden. Danach kommt für ein Schadensereignis diejenige Versicherung auf, die zum Zeitpunkt der Anspruchstellung Versicherungsschutz gewährt. Im Unterschied dazu leistet eine Versicherungsgesellschaft bei einer Occurrence Based-Versicherung im Hinblick auf die Schadensereignisse, die zum Zeitpunkt der Geltdauer der Police eingetreten sind. Diese unterschiedliche Art des Versicherungsschutzes kann insbesondere bei einem Wechsel von einer Claims Made-Versicherung zu einer Occurrence Based-Versicherung zu Deckungslücken führen, sofern nicht ausreichende Übergangsregelungen vereinbart worden sind. Im Einzelfall ist es daher notwendig, den Gewährleistungskatalog entsprechend zu ergänzen.

**7.13 Litigation; Criminal Proceedings; Investigations.** Except as disclosed in Exhibit 7.13, there is no pending (*rechtshängige*) litigation, either before court or an arbitration tribunal (*gerichtliche Rechtsstreitigkeiten und Schiedsverfahren*) or otherwise, criminal proceedings or investigations or other investigations by any Authorities, in which a Group Entity is involved, either as plaintiff, defendant or otherwise, with a value (*Streit- oder Gegenstandswert*) or amount at stake in each case in excess of EUR [ ] (in words Euro [ ]), and to Seller's Best Knowledge no such litigation proceedings or investigations have been threatened.

#### Erläuterungen

Gegenstand dieser Bestimmung sind sowohl Aktiv- als auch Passivprozesse des Zielunternehmens, d.h. es werden sowohl Rechtsstreitigkeiten erfasst, in denen das Zielunternehmen Kläger ist, als auch solche, in denen das Zielunternehmen als Beklagter oder als sonstige Partei (z.B. als Streitverkündeter) beteiligt ist. Sämtliche Arten von Rechtsstreitigkeiten sind in die Regelung einbezogen, unabhängig davon, ob diese vor einem ordentlichen Gericht oder einem Schiedsgericht rechtshängig sind, oder ob es sich um eine zivil-, arbeits- oder verwaltungsrechtliche bzw. sonstige Rechtsstreitigkeit bzw. strafrechtliche oder sonstige behördliche Verfahren handelt. Die Bestimmung unterscheidet zwischen *Pending Litigation* und *Threatening Litigation*. Bei Pending Litigation sind rechtshängige Rechtsstreitigkeiten gemeint, d.h., dass die Klage beim Gericht eingereicht und dem Beklagten bereits zugestellt worden ist. Threatening Litigation hingegen bezieht sich auf Fallkonstellationen einer drohenden Klage. Da sich das Verhalten Dritter regelmäßig der Kenntnis des Zielunternehmens und des Verkäufers entzieht, wird letztere Gewährleistung in der Praxis häufig unter dem Vorbehalt von Seller's Best Knowledge abgegeben.

## 7.14 Taxes

- 7.14.1 **Tax Returns; Audits; Records.** Each Group Entity has duly and timely filed in accordance with applicable law all returns, forms and other statements required to be filed by such Group Entity for Taxes (collectively the „Tax Returns“). No Group Entity is currently subject to any audit, examination or similar proceedings by any Tax Authorities. The books and other records of each Group Entity relating to Taxes have been properly maintained and are in all respects correct.
- 7.14.2 **Fulfillment of Obligations.** All Taxes to be paid or withheld and remitted by any Group Entity have been duly paid or withheld and remitted to the appropriate Tax Authority.
- 7.14.3 **Tax Rulings or Agreements.** Except as disclosed in Exhibit 7.14.3, no Group Entity has received any written Tax ruling or entered into or is currently under negotiations to enter into any agreement with any Tax Authority.
- *Zusätzliche Gewährleistungen zur steuerlichen Situation des Zielunternehmens:*
- 7.14.4 **No Tainted Subsidiary Interests.** The Subsidiary Interests are not tainted („einbringungsgeborene Anteile“ bzw. *Anteile i.S.v. § 22 UmwStG*) within the meaning of the German Transformation Tax Act (*Umwandlungssteuergesetz – UmwSt*).
- 7.14.5 **Corporate Tax Credit.** The corporate tax credit within the meaning of Sec. 37 German Corporate Income Tax Act (*KStG*) (*Körperschaftsteuerguthaben*) and the corporate tax increase amount in the meaning of Sec. 38 German Corporate Income Tax Act (*KStG*) (*Körperschaftsteuererhöhungsbetrag*) of the German Group Entities as of [\_\_\_\_] is correctly reflected in Exhibit 7.14.6.
- 7.14.6 **Tax Consolidation.** Except as disclosed in Exhibit 7.14.7, no Group Entity is a member of any consolidated or unitary group or a party to any arrangement as a result of which any income, loss, asset or liability of any Group Entity is allocated for tax purposes to any other Group Entity or a third party, or is otherwise taken into account in determining any Tax payable by any Group Entity or a third party, or vice versa (the „Tax Consolidations“). The Tax Consolidations

satisfy the requirements for tax consolidations under applicable laws, including, without limitation, with respect to any tax consolidation involving German Group Entities the requirement that the underlying profit and loss pooling agreements (*Gewinnabführungsverträge*) are legally valid and binding and have been performed during their term (*Durchführung der Verträge*).

## Erläuterungen

Steuern werden, soweit sie auf den Zeitraum nach dem Effective Date entfallen, im Rahmen einer Unternehmensbewertung nach DCF- oder Ertragswertmethode wertmindernd berücksichtigt. Käufer, die den Kaufpreis auf Grundlage dieser in die Zukunft gerichtete Bewertungsverfahren ermitteln, haben daher ein Interesse daran, sich gegen Steuerrisiken aus der Vergangenheit, mithin bis zum Effective Date, gesondert abzusichern. Das Vertragsmuster sieht als Sicherungsinstrumente sowohl Gewährleistungen (Ziffer 7.14) als auch eine Freistellungsregelung (Ziffer 10.1.1) vor. Grundsätzlich kommt es auch in Betracht, Steuern betreffend den Zeitraum bis zum Effective Date, die bis zum Effective Date noch nicht gezahlt worden sind, als Financial Debt vom Kaufpreis abzuziehen, was aus Liquiditätsgründen und im Hinblick auf die Durchsetzung etwaiger Ansprüche für den Käufer besonders vorteilhaft ist.

Die Regelungsinstrumente „Steuergewährleistung“ und „Steuerfreistellung“ sind teilweise deckungsgleich, weisen jedoch bei genauer Betrachtung erhebliche Unterschiede auf.

Nach Ziffer 7.14 sind Gegenstand der Steuergewährleistungen steuerlich relevante Tatsachen im Zeitraum bis zum Effective Date (Beispiele: fristgerechte Abgabe ordnungsgemäßer Steuererklärungen, keine laufende Betriebsprüfung, Zahlung sämtlicher fällig gewordener Steuern). Im Unterschied zur Steuerfreistellung, die sich auf Steuern für den Zeitraum bis zum Effective Date bezieht, erfasst die Gewährleistungsregelung auch Ereignisse, die zu höheren Steuern in Bezug auf den Zeitraum nach dem Effective Date führen können. So enthält etwa die Bestimmung in Ziffer 7.14 eine Gewährleistung betreffend Verlustvorträge, verbindliche Auskünfte, bestimmte Steuerrisiken infolge von Restrukturierungen (einbringungsgeborene Anteile bzw. Anteile im Sinne des § 22 UmwStG) und zur Wirksamkeit von Organschaften.

Die Steuergewährleistung ist mit der Steuerfreistellungsregelung insofern teilweise deckungsgleich, als gewährleistet wird, dass die bis zum Effective Date fällig gewordenen Steuern gezahlt worden

sind. Solche Steuern, die sich auf den Zeitraum vor dem Effective Date beziehen, aber erst nach diesem Zeitpunkt fällig werden, werden allein von der Freistellungsregelung erfasst.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen bei Verletzung einer Steuergewährleistung bzw. einer Pflicht zur Freistellung von Steuern bestehen lediglich geringe Unterschiede. Bei Verletzung der Steuergewährleistung ist der Käufer berechtigt, Schadensersatz zu verlangen. Der Schaden wird dabei regelmäßig den Steuern zzgl. Beraterkosten entsprechen, die bei inhaltlich zutreffender Gewährleistung nicht entstanden wären. Soweit der Käufer Pflichten zur Verringerung oder Abwendung dieses Schadens verletzt (Mitverschulden), ist der Anspruch auf Schadensersatz ausgeschlossen. Ferner entsteht der Schadensersatzanspruch erst mit Eintritt des Schadens, d.h. frühestens mit Fälligkeit der Steuern. Soweit nicht Sonderregelungen für Steuern vereinbart werden, steht der Schadensersatzanspruch des Käufers ferner unter dem Vorbehalt, dass der Schaden den De Minimis-Betrag (Bagatellgrenze, vgl. Ziffer 8.7 (i)) und – alleine oder zusammen mit anderen Gewährleistungsansprüchen – den Threshold Amount bzw. Basket Amount (Freigrenze bzw. Freibetrag, vgl. Ziffer 8.7 (ii)) übersteigt. Die Steuerfreistellung hat hingegen zum Inhalt, dass der Verkäufer unmittelbar nach Geltendmachung des Freistellungsanspruches durch den Käufer sämtliche Steuern bezahlt, die sich auf den Zeitraum bis zum Effective Date beziehen, jedoch vor dem Effective Date noch nicht gezahlt worden sind. Häufigster Anwendungsfall sind Steuernachforderungen infolge einer Betriebsprüfung von Zeiträumen bis zum Effective Date.

**7.15 No Unlawful Business Practices.** Seller, Seller's Affiliates, the Group Entities and the Directors, Officers and employees of the Group Entities have not, directly or indirectly, in connection with the business of the Group Entities (i) used any funds of the Group Entities for bribes (*Schmiergelder*), other unlawful purposes or political contributions in violation of applicable laws; (ii) requested or accepted any bribes or other unlawful benefits; or (iii) established or maintained any funds or assets that have not been properly recorded in the books and records of the Group Entities.

#### Erläuterungen

Ziffer 7.15 enthält die Gewährleistung, dass die Mitarbeiter des Zielunternehmens keine Schmiergelder gezahlt bzw. empfangen haben. Eine solche Regelung kann je nach Branche sinnvoll sein (etwa wenn infolge der Aufdeckung einer Bestechung wesentliche Umsatzeinbußen und ein Reputationsschaden drohen). Nach deutschem Strafrecht macht sich im Falle von Bestechungen der betreffende Geschäftsführer bzw. Mitarbeiter, nicht aber das Unternehmen strafbar, so dass die Regelungen in Ziffer 7.15 nicht durch die „Compliance With Law-Garantie“ in Ziffer 7.10.2 erfasst werden. Etwas anderes gilt für Rechtsordnungen, die eine Strafbarkeit von Unternehmen für Bestechung vorsehen. Es sollte im Einzelfall genau überlegt werden, wie mit diesem sensiblen Thema umzugehen ist.

**7.16 Finders' Fees and Management Incentives.** Except as disclosed in Exhibit 7.16, the Group Entities have not (i) incurred any obligation for brokerage or finders' fees, agents' commissions or similar payments to be made in connection with this transaction; or (ii) paid or promised to their Officers, Directors or employees any bonus or other special incentives in connection with this Agreement or the transactions contemplated therein.

#### Erläuterungen

In der Praxis kommt es gelegentlich vor, dass Transaktionskosten auf Verkäuferseite (bspw. Gebühren der Investmentbank oder sonstiger M&A-Berater, Anwaltskosten) vom Zielunternehmen getragen werden. So kann es etwa sein, dass im Hinblick auf die finanzielle Situation des Verkäufers die Berater ein Mandatsverhältnis mit dem Zielunternehmen vereinbaren. Ungeachtet etwaiger steuerlicher Implikationen einer solchen Handhabung, gegen die der Käufer im Rahmen der Steuergewährleistung bzw. -freistellung möglicherweise eine Absicherung erfährt, wird es dem Käufer darauf ankommen, dass diese Beträge vom Verkäufer in voller Höhe getragen werden. Bei der Aufnahme einer entsprechenden Gewährleistung ist zu beachten, dass möglicherweise die Anwendung eines De Minimis-Betrages und sonstiger Einschränkungen der Haftung (z.B. Basket/Threshold Amount, kurze Verjährung) nicht angemessen ist und, ähnlich wie bei der Steuergewährleistung, Sonderregelungen erforderlich sind. Eine Gewährleistung zu diesem Themenkomplex ist entbehrlich, sofern ein entsprechendes Risiko zu einer Verringerung des Kaufpreises führt (z.B. bei Zahlung vor Erhöhung des Net Debt per Effective Date und andernfalls evtl. Verringerung des Kaufpreises gemäß Working Capital Adjustment).

**7.17 Absence of Material Changes.** Except as disclosed in Exhibit 7.17, since [date of last balance sheet] [through the Effective Date] each Group Entity has conducted its business in the ordinary course (*im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb*) consistent with past practice of the respective Group Entity, and no Group Entity has:

- (i) paid or declared any dividend or provided any other benefits to Seller, Seller's Affiliates, any Third Party owner of any Interests in such Group Entity or any of their Related Parties;
- (ii) changed its accounting (including, without limitation, valuation and consolidation) policies or procedures;
- (iii) extended any guarantees, suretyships, letters of comfort, performance or warranty bonds or similar instruments securing any indebtedness or other obligation of any third party (including, without limitation, Seller or Seller's Affiliates);
- (iv) incurred any material liabilities of any other kind, other than trade accounts payable incurred in the ordinary course of business;
- (v) delayed or otherwise deferred payments to its suppliers for goods or services purchased;
- (vi) made capital expenditures in a total amount in excess of [EUR [\_\_]] (in words Euro [\_\_])/[\_\_] (in words [\_\_]) per cent of the capital expenditures made by such Group Entity during the last fiscal year];
- (vii) delayed or otherwise deferred any capital expenditures provided for in its budget [attached as Exhibit 7.17 (vii)];
- (viii) sold, transferred, encumbered or otherwise disposed of any material assets, other than dispositions in the ordinary course of its business;
- (ix) waived or otherwise abolished any material right of any nature;
- (x) increased or committed to increase the remuneration of any of its Directors, Officers, employees, agents or consultants, in each case in excess of [\_\_] per cent;
- (xi) hired any new Directors or Officers or any new employees who qualify as Key Employees;

- (xii) entered into any agreement or other transaction with Seller, Seller's Affiliates, any other Group Entity, any Third Party owner of any Interests in any Group Entity or any of their Related Parties, in each case on terms which are not at arm's length; or
- (xiii) encountered a material adverse change to the assets, business, financial condition, results of operations or prospects of the Group Entities taken as a whole.

#### Erläuterungen

Die Bilanzgarantie bezieht sich auf die Vermögens- und Finanzlage des Zielunternehmens zum Bilanzstichtag, die in der Bilanz abgebildet wird, bzw. auf den Erfolg der Geschäftstätigkeit während des Geschäftsjahrs, der in der Gewinn- und Verlustrechnung zum Ausdruck kommt. Die Geschäftstätigkeit des Unternehmens ab dem Bilanzstichtag bis zum Effective Date ist daher nicht durch die Bilanzgarantie erfasst. Um insoweit dem Käufer einen gewissen Mindestschutz zu gewähren, verlangen Käufer regelmäßig eine Gewährleistung, dass ab dem letzten Bilanzstichtag die Geschäfte im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb (*ordinary course of business*) geführt wurden und keine wesentlichen Veränderungen hinsichtlich der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage eingetreten sind („*no material adverse change*“). Dies wird in der angelsächsisch geprägten M&A-Praxis auch häufig als *Bring-down* der Bilanzgarantie bezeichnet. Eine entsprechende Bestimmung gewinnt insbesondere dann an Gewicht, wenn zwischen dem Bilanzstichtag und dem Effective Date ein Zeitraum von mehreren Monaten liegt. Ist der Verkäufer bereit, Finanzkennzahlen des Unternehmens zum Ende eines Monats (z. B. in Form sogenannter „Management Accounts“), Kalenderquartals bzw. Kalenderhalbjahres zu gewährleisten, kann der Stellenwert einer solchen Regelung geringer sein. Der Käufer wird ggf. auch eine Erstreckung auf den Zeitraum zwischen dem Effective und Closing Date verlangen, sofern es sich hierbei um zwei unterschiedliche Tage handelt.

Die Vereinbarung einer Kaufpreisanpassung zum Effective Date (etwa im Hinblick auf die Höhe des Cash, Financial Debt und Working Capital zum Effective Date) macht eine solche Gewährleistung nicht automatisch entbehrlich. Im Einzelfall kann der Eintritt eines bestimmten Ereignisses einen erheblichen negativen Effekt auf den Eigenkapitalwert des Zielunternehmens haben, obwohl er sich auf die Bilanzpositionen, auf die sich die Anpassungsregelung bezieht, per Saldo nicht, nicht in entsprechendem Maße oder erst nach dem Effective Date auswirkt. Es seien folgende Beispiele genannt:

- Ein besonders wichtiger Vertrag wird durch einen Kunden gekündigt. Die Kündigung führt erst nach dem Effective Date oder über das Effective Date hinaus zu einem niedrigeren Gewinn der Gesellschaft.
- Ein Dritter erhebt Klage gegen das Unternehmen. Die Anwaltskosten und sonstige Kosten des Rechtsstreits belasten den Cashflow bis zum Effective Date. Die Working Capital-Definition umfasst jedoch keine Rückstellungen bzw. diese erweisen sich aufgrund erst nachträglich bekannt gewordener Tatsachen als zu niedrig.

Wesentliche Elemente der Bestimmung in Ziffer 7.17 sind die Gewährleistung der Fortführung der Geschäftstätigkeit im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb entsprechend der bisherigen Praxis („*Each Group Entity has conducted its business in the ordinary course consistent with past practice of the respective Group Entity.*“) sowie die Gewährleistung, dass keine wesentlichen nachteiligen Veränderungen eingetreten sind („*no material adverse change*“, vgl. Ziffer 7.17 (xiii)).

Der Begriff „*in the ordinary course*“ ist üblicherweise nicht im Unternehmenskaufvertrag definiert. Im Vertragsmuster findet sich daher in Klammern der Zusatz „im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb“. § 116 HGB unterscheidet hinsichtlich der Geschäftsführungsbefugnis bei offenen Handelsgesellschaften zwischen Geschäften im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb und sonstigen Geschäften. Bei „gewöhnlichen Geschäften“ handelt es sich um solche, die im Handelsgewerbe normalerweise vorkommen können. Außergewöhnliche Geschäfte sind hingegen solche, die nach Art und Inhalt (z. B. im Einzelfall Verkauf von Beteiligungen) oder Zweck (z. B. außerhalb des Unternehmensgegenstandes) Ausnahmeharakter haben.<sup>158</sup> Im Vertragsmuster ist ferner klargestellt, dass Maßstab für die Üblichkeit des Geschäfts die bisherige Praxis der Zielgesellschaften ist („*consistent with past practice of the respective Group Entity*“) und es daher nicht darauf ankommt, ob das betreffende Geschäft branchenüblich ist.

Der Umfang der Gewährleistung betreffend den Nichteintritt wesentlicher nachteiliger Veränderungen (*No MAC-Gewährleistung*, vgl. Ziff. 7.17 (xiii)) ist je nach Transaktion sehr unterschiedlich. Im Vertragsmuster bezieht sich diese inhaltlich auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Zielunternehmens. Nur soweit auch die Ertragschancen (*prospects*) betroffen sind, geht die Regelung über die für einen Jahresabschluss relevanten Kriterien<sup>159</sup> hinaus. Üblicherweise stellt man bei der Feststellung einer „wesentlichen nachteiligen Veränderung“ auf das Zielunternehmen in seiner Gesamtheit ab („*the Group Entities taken as a whole*“). Hierdurch wird ausge-

schlossen, dass Ereignisse lediglich wegen des geringen wirtschaftlichen Gewichts einer einzelnen Zielgesellschaft zu einer Verletzung der Gewährleistung führen. Alternativ kann man die Wesentlichkeit betragsmäßig definieren (vgl. etwa den Formulierungsvorschlag zu No MAC als Closing Condition, Ziffer 6.1 (v)). In Vertragsverhandlungen wird zudem oftmals darüber diskutiert, ob wesentliche nachteilige Veränderungen, die sich als Folge von allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklungen oder branchenspezifischen Rahmenbedingungen ergeben, Gegenstand der No MAC-Gewährleistung sein sollen.

Ziffer 7.17 enthält ferner einen Katalog von weiteren Geschäftsvorfällen und Rechtsgeschäften, die teilweise außergewöhnliche Geschäfte darstellen und damit von der „the business has been conducted in the ordinary course“-Gewährleistung erfasst sein dürften. Eine ausdrückliche Regelung empfiehlt sich jedoch zumindest aus Käufersicht, um spätere Auslegungsrisiken zu verringern. Zudem schützt die Gewährleistung vor bestimmten Geschäftsvorfällen, die aus Sicht des Käufers potentiell zu einer Verringerung des Wertes des Zielunternehmens führen können (z.B. „*incurred material liabilities*“, „*waived rights*“). Insbesondere dieser Vertragsteil bedarf der genauen Prüfung und Anpassung entsprechend den Umständen des Einzelfalls.

**7.18 Seller's Best Knowledge.** If and to the extent that any of the representations of Seller in this Section 7 is made to Seller's Best Knowledge, Seller shall be deemed to have had such knowledge if, as of the date of this Agreement, Seller or any of the persons listed in Exhibit 7.18, had actual knowledge (*positive Kenntnis*) [or could have obtained such knowledge after due inquiry of the members of the management of the Group Entities applying the standard of care of a prudent business man pursuant to Section 43 GmbHG (*fahrlässige Unkenntnis*)].

#### Erläuterungen

Verkäufer sind regelmäßig bemüht, Gewährleistungen möglichst unter dem Vorbehalt „ihrer“ Kenntnis abzugeben (Wissensgewährleistungen), da auf diese Weise das Risiko einer Inanspruchnahme wegen Verletzung einer Gewährleistung deutlich eingeschränkt werden kann. Aus Käufersicht ist dies letztlich nur in eingeschränktem Maße akzeptabel, da Gewährleistungen primär die Funktion der Absicherung des im Kaufpreis reflektierten Unternehmenswertes haben. Für den Käufer kommt es damit nicht darauf an, ob der Verkäufer Kenntnis von dem wertmindernden Umstand hatte oder ob er grob fahrlässig unzutreffende Gewährleistungen abgegeben hat. Dies kommt auch darin zum Ausdruck, dass Schadensersatzansprüche wegen Gewährleistungsverletzung verschuldensunabhängig ausgestaltet sind.

Nur selten stehen sämtliche Gewährleistungen unter Kenntnisvorbehalt. Üblicherweise wird nach der Art der Gewährleistungen unterschieden. Oftmals sind Käufer eher bereit, einen Kenntnisvorbehalt bei Gewährleistungen zu akzeptieren, die Vorgänge außerhalb der Kontrolle und des Wissensbereiches des Verkäufers und des Zielunternehmens betreffen (z.B. in Bezug auf die Absicht eines Dritten, eine Klage gegen das Zielunternehmen zu erheben oder einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen, bzw. die Verletzung von gewerblichen Schutzrechten Dritter (vgl. Ziffer 7.6.6); bezüglich letzterer Falles argumentieren Verkäufer, dass es praktisch unmöglich sei, die Vereinbarkeit der Geschäftstätigkeit mit sämtlichen Patenten Dritter zu überprüfen).

Bei der Formulierung des Kenntnisvorbehaltes bestehen vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten.

Zunächst gilt es, den Kreis der relevanten Wissensträger zu bestimmen. In Betracht kommen neben den Vorstandsmitgliedern, Ge-

## 8. Remedies for Breach of Representations

- 8.1 Breach; Damages.** Subject to the provisions of this Section 8 and Section 11, if any representation of Seller in Section 7 is incorrect (a „Breach“), Seller shall put Purchaser and/or, at Purchaser's election, the Group Entities into the same position they would be in if the Breach had not occurred. Purchaser shall be entitled to request from Seller that this position is provided by remediation in kind (*Naturalrestitution*), unless remediation in kind (i) is not permitted by the nature of the Breach; or (ii) cannot be effected by Seller with reasonable efforts. If and to the extent that (a) remediation in kind is not permitted by the nature of Breach; (b) remediation in kind has not been effected by Seller within a period of thirty (30) days after a written request for such remediation has been made by Purchaser; or (c) remediation in kind by Seller would be grossly inconsistent with significant business interests of Purchaser or the Group Entities or cannot be effected by Seller with reasonable efforts, Purchaser shall be entitled to request from Seller compensation in cash (*Schadensersatz in Geld*) by payment of the amount of all losses (including, without limitation, lost profits), costs and expenses (including, without limitation, reasonable legal, accounting and other fees and expenses of professional advisers) and other damages (including, without limitation, consequential damages) (collectively „Damages“) which Purchaser and the Group Entities, respectively, have suffered or incurred and would not have suffered or incurred if the representation in question was correct.
- 8.2 No Double Counting; Pro-rata Principle.** If and to the extent that Damages suffered or incurred by Purchaser or a Group Entity as the result of a Breach are duplicative (e.g., if a Breach has resulted in Damages of a Group Entity and in Damages of Purchaser in the form of a corresponding reduction of the value of Purchaser's Equity Interests in such Group Entity), such Damages shall not be recoverable more than once. If a Breach affects a Group Entity which is not directly or indirectly wholly-owned by Seller, the Damages suffered or incurred by such Group Entity (but, for the avoidance of doubt, not the Damages suffered or incurred by Purchaser) shall be taken into account only pro-rata to the direct or indirect Equity Interest of Seller in such Group Entity as of the Effective Date.

- 8.3 Determination and Payment of Damages.** If the remediation in kind or compensation in cash pursuant to Section 8.1 will create taxable income for Purchaser or the Group Entities, the resulting taxes shall be added to the Damages. The present value of any benefits received by Purchaser or the Group Entities as a result of the Breach (including tax benefits) shall be deducted from the Damages (*Vorteilsausgleich*).
- 8.4 Breach Notice; Access to Information.** If Purchaser or any Group Entity becomes aware after the Closing Date of any circumstances which indicate that there has been a Breach, Purchaser shall give Seller written notice within thirty (30) days thereof (the „Breach Notice“). The Breach Notice shall state the nature of the Breach and the amount of Damages resulting therefrom if and to the extent that such Damages can with reasonable effort be determined at the time the Breach Notice is given. To the extent reasonably required by Seller to assess the alleged Breach and the resulting Damages, and subject to Purchaser and the Group Entities being paid their reasonable out-of-pocket costs and expenses by Seller, Purchaser shall provide, and shall procure that the Group Entities provide, to Seller and its professional advisers access during normal business hours to their relevant books, other records and management and copies of relevant documents and other information. Section 377 HGB shall not apply.
- 8.5 Third Party Claims**
- 8.5.1 Information of Seller.** If the circumstances indicating a Breach pursuant to Section 8.4 include (each a „Third Party Claim“) (i) the receipt by Purchaser or any Group Entity of any written claim, writ of demand, complaint or equivalent document from any third party, including, without limitation, any court or Authority; or (ii) any notice to Purchaser or any Group Entity of any audit or examination by any court or Authority, Purchaser shall without prejudice to its obligations under Section 8.4, provide, and shall procure that the Group Entities provide, to Seller together with the Breach Notice or as soon as possible thereafter copies of all documents setting forth the Third Party Claim.
- 8.5.2 Defense of Seller.** If Seller unconditionally acknowledges (*annehmen*) in writing to Purchaser that the circumstances underlying the Third Party Claim constitute a Breach and that Seller is liable towards Purchaser for such Breach pursuant to Section 8.1, Seller shall be entitled to control the defense against the

**Third Party Claim.** In this case Purchaser shall provide, and shall procure that the Group Entities provide, to Seller all relevant documents, other information and assistance reasonably required by Seller for the defense. Seller shall (a) keep Purchaser informed to a reasonable extent of the status of defense; and (b) comply with any reasonable requests of Purchaser with respect to the defense necessary to avoid a material adverse effect on significant business interests of Purchaser or the Group Entities. No admission of liability shall be made by Purchaser or the Group Entities, and the Third Party Claim shall not be acknowledged or settled, without the prior written consent of Seller, which consent shall not be unreasonably withheld or delayed.

**8.5.3 Defense by Purchaser or Group Entities.** In the absence of an unconditional acknowledgement by Seller, the defense against the Third Party Claim shall be controlled by Purchaser or the Group Entities, as the case may be. Seller shall be allowed to participate in the defense at its own expense with its own counsel. Subject to their obligation to avoid or mitigate Damages (Section 254 BGB) Purchaser or the Group Entities shall be free to acknowledge or settle the Third Party Claim if in their reasonable opinion such acknowledgement or settlement is in their best interest.

**8.5.4 Costs of Defense.** For the avoidance of doubt, in all cases of this Section 8.5 the costs incurred by Purchaser and the Group Entities of defending the Third Party Claim shall be part of the Damages of Purchaser and the Group Entities. If and to the extent that Seller has exercised control of the defense pursuant to Section 8.5.2, Seller shall indemnify and hold harmless Purchaser and the Group Entities from and against any costs incurred by Purchaser and the Group Entities for such defense.

**8.6 Exclusions and Limitations of Liability.** Without prejudice to Section 11.1, Purchaser shall not have a claim under Section 8.1, if and to the extent that:

- (i) Purchaser has failed to comply with its obligations under Sections 8.4 or 8.5 and such failure has affected the ability of Seller to avoid or mitigate the Damages of Purchaser or the Group Entities; or
- (ii) the circumstances constituting the respective Breach have been disclosed by Seller with reasonable clarity and speci-

ficity in this Agreement, including the Exhibits thereto. Section 442 (1) BGB shall not apply.

**8.7 Minimum Amounts of Liability.** Seller shall be liable under Section 8.1 for the Damages resulting from any individual Breach, or, in the case of a series of related Breaches, from such series of Breaches, only if and to the extent that:

- (i) such Damages exceed EUR [ ] (in words Euro [ ]) (the „De Minimis Amount“); and
- (ii) the aggregate amount of all Damages resulting from all Breaches which have resulted in Damages above the De Minimis Amount exceeds EUR [ ] (in words Euro [ ]) (the „Threshold Amount“). In case the Threshold Amount is exceeded, Purchaser shall be entitled to recovery of [the full amount of all Damages/the amount of Damages in excess of the Threshold Amount only], provided, however, that the De Minimis Amount and the Threshold Amount shall not apply to any Breaches by Seller of the representations in Sections [ ].

**8.8 Time Limitations.** Any claims of Purchaser under Section 8.1 shall be time-barred (*verjähren*) with the expiration of [ ] months as of the Closing Date, except for claims for Breach of (i) Sections [ ] which shall be time-barred with the expiration of [ ] months as of the Closing Date and (ii) Sections [ ] which shall be time-barred with the expiration of [ ] as of the Closing Date. With respect to any individual Breach the limitation period (i) shall be suspended (*gehemmt*) for a period of three (3) months with the delivery by Purchaser of a Breach Notice; and (ii) shall restart (*beginnt neu*) with the receipt by Purchaser of a written acknowledgement by Seller of Purchaser's claim or with the filing by Purchaser of a judicial or arbitral complaint (*Klage- oder Schiedsklageerhebung*). Section 203 BGB shall not apply.

#### Erläuterungen

- |                                |                                |
|--------------------------------|--------------------------------|
| 1. Erläuterungen zu Ziffer 8.1 | 6. Erläuterungen zu Ziffer 8.6 |
| 2. Erläuterungen zu Ziffer 8.2 | 7. Erläuterungen zu Ziffer 8.7 |
| 3. Erläuterungen zu Ziffer 8.3 | 8. Exkurs: Haftung             |
| 4. Erläuterungen zu Ziffer 8.4 | 9. Erläuterungen zu Ziffer 8.8 |
| 5. Erläuterungen zu Ziffer 8.5 |                                |

Ziffer 8 regelt die Rechtsfolgen einer Verletzung von Gewährleistungen des Verkäufers. Die Bestimmung enthält unter anderem Vorschriften zu Art und Umfang des Schadensersatzanspruches (Ersatz

ten. Für den Käufer kann dies von erheblicher Bedeutung sein, weil sich danach die Haftungsmasse bemisst.

Die Entscheidung wird etwa beim Verkauf eines Familienunternehmens häufig vom Verhältnis der einzelnen Verkäufer untereinander beeinflusst. Stehen sich auf Verkäuferseite verschiedene Familienstämme gegenüber, werden sich die Verkäufer häufig mit einer gesamtschuldnerischen Haftung und einer gegenseitigen Einstands pflicht nicht abfinden können. Eine wesentliche Rolle in diesem Zusammenhang wird regelmäßig die Möglichkeit der Vereinbarung anderer Sicherungsmechanismen spielen, die den Käufer für den Fall der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen absichern, wie etwa der Escrow oder einer Bankbürgschaft.

Stehen auf Verkäuferseite mehrere Personen, so kann es sich im Übrigen empfehlen, die Ausübung von Rechten der Verkäufer auf einen bestimmten Verkäufer zu übertragen, der berechtigt ist, diese Rechte für sämtliche Verkäufer einheitlich auszuüben.

### 9. Erläuterungen zu Ziffer 8.8

Die gesetzlichen Verjährungsfristen werden regelmäßig durch spezielle vertragliche Regelungen abbedungen. Die vertraglichen Verjährungsfristen werden dabei häufig so bemessen, dass dem Käufer vor Eintritt der Verjährung zumindest ein nach dem Effective Date erstellter Jahresabschluss des Zielunternehmens vorliegt und ausreichend Zeit zur Prüfung von etwaigen Ansprüchen gegen den Verkäufer verbleibt. Sehr häufig werden Verjährungsfristen von mehreren Jahren für Gewährleistungen betreffend die Inhaberschaft an den veräußerten Beteiligungen vereinbart. Im Einzelfall kann dies auch für sonstige Sachverhalte gelten, die dem Käufer und dem Zielunternehmen typischerweise erst mehrere Jahre nach dem Closing Date bekannt werden (etwa Steuern, Umwelt,<sup>168</sup> Produkthaftung). Infolge der Übermittlung einer Breach Notice wird gemäß dem Vertragsmuster die Verjährung für einen Zeitraum von drei Monaten gehemmt. Einigen sich die Parteien nicht innerhalb dieser Frist, so ist der Käufer gezwungen, Klage zu erheben. Andernfalls verjährt sein Gewährleistungsanspruch.

### 9. Representations of Purchaser

#### 9.1 Status of Purchaser

**9.1.1 Corporate Status; Due Authorization.** Purchaser has been duly established and is validly existing as a [ ] under the laws of [ ]. Purchaser has the unrestricted right, power, authority and capacity to execute and consummate this Agreement and the transactions contemplated therein. All required approvals of any corporate bodies of Purchaser have been given.

**9.1.2 No Insolvency.** No insolvency or similar proceedings have been, or have been threatened to be, opened over the assets of Purchaser, and there are no circumstances which would require or justify the opening of or application for such proceedings. Purchaser is neither illiquid (*zahlungsunfähig*) nor over-indebted (*überschuldet*).

**9.1.3 Legal, Valid and Binding Obligation.** This Agreement constitutes (and all other documents executed by Purchaser under or in connection with this Agreement will, when executed, constitute) legal, valid and binding obligations of Purchaser enforceable in accordance with their terms.

**9.1.4 No Violation.** The execution and consummation of this Agreement and of the transactions contemplated therein by Purchaser does not violate the articles of association, partnership agreement or other corporate documents, as the case may be, or any other legal obligations of Purchaser and is not subject to challenge (*Anfechtung*) by any third party on any legal basis, including, without limitation, on the basis of any creditor protection laws.

**9.1.5 No Interference.** There is no action, suit, investigation or other proceeding pending or threatened against or affecting Purchaser before any court, arbitrator, governmental body, agency or official which in any manner challenges or seeks to prevent, enjoin, alter or materially delay the execution or consummation of this Agreement or the transactions contemplated therein, and there are no circumstances likely to give rise to any of the foregoing.

**9.2 Remedies of Seller.** In the event that Purchaser is in breach of any representation in Section 9.1, the provisions in Section 8 shall apply *mutatis mutandis*. The limitation period for any claims of Seller shall be [ ] months.

### Erläuterungen

Entsprechend der anglo-amerikanischen Vertragspraxis hat sich im deutschen Markt etabliert, dass auch der Käufer Gewährleistungen abgibt. Diese beschränken sich in aller Regel auf Angaben zum Käufer selbst (z.B. Status des Käufers, kein Insolvenzverfahren, wirksame Vertretung des Käufers beim Abschluss des SPA) und zu einzeln bezeichneten Tatsachen, die dem Vollzug des SPA entgegenstehen könnten, etwa die Klage eines Dritten gegen den Käufer auf Unterlassung des Vollzugs des SPA. Die Bedeutung dieser Art von Gewährleistungen ist aus rechtlicher Sicht ebenso fragwürdig wie die der inhaltlich identischen Gewährleistungen des Verkäufers (vgl. Erläuterungen zu Ziffer 7.1).

Sofern auf Seiten des Käufers noch weitere Parteien das SPA abschließen (etwa ein Garantiegeber), ist Ziffer 9 entsprechend zu ergänzen.

Verschiedentlich findet sich im Abschnitt der Gewährleistungen des Käufers eine Gewährleistung, dass der Käufer keine Kenntnis von der Verletzung von Gewährleistungen des Verkäufers hat. Zweck dieser Regelung ist der Ausschluss von Schadensersatzansprüchen des Käufers, was im Falle einer entsprechenden Übereinkunft der Parteien vorzugsweise jedoch in den Bestimmungen des SPA zu den Rechtsfolgen bei Verletzung der Verkäufergewährleistungen geregelt werden sollte (vgl. Erläuterungen zu Ziffer 8.6).

Entsprechendes gilt für etwaige Gewährleistungen des Käufers, dass er zum Zeitpunkt des Closing über ausreichende Finanzmittel zur Kaufpreiszahlung verfügt. Treten die Closing Conditions ein, so ist der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises und im Falle der Nichterfüllung zum Schadensersatz verpflichtet. Es bedarf daher regelmäßig keiner weiteren Gewährleistung.

### 10. Indemnities

#### 10.1 Taxes

**10.1.1 Tax Indemnity.** Subject to the provisions of this Section 10.1 and Section 11, Seller shall indemnify and hold harmless (*freistellen*) Purchaser, and/or at Purchaser's election the Group Entities, from and against any Taxes relating to any periods or portions thereof ending on or before the Effective Date, by paying an amount equal to the Taxes to Purchaser or, at Purchaser's election, to the respective Group Entities, if and to the extent that such Taxes have not been fully paid on or prior to the Effective Date. Seller's payment obligation pursuant to this Section 10.1.1 shall become due on the date on which Purchaser or the Group Entities have paid the respective Taxes.

**10.1.2 Tax Returns.** Purchaser shall procure that the tax returns (*Steuererklärungen*) of the Group Entities, including any amendments thereto, for any period up to or including the Effective Date will be duly prepared and filed by the Group Entities. Purchaser shall procure that at least two (2) weeks prior to the filing, Seller is provided with drafts thereof and all relevant documents and other information reasonably requested by Seller to review and comment on such drafts. Purchaser shall procure that the tax returns filed by the Group Entities will include all modifications reasonably requested by Seller in writing within ten (10) days after Seller has been provided with the draft tax returns and the documents and other information requested for the review, provided that the modifications do not and are not likely to affect material business interests of Purchaser or the Group Entities.

**10.1.3 Tax Assessments and Tax Audits.** Purchaser shall procure that Seller is informed in a timely manner of all tax assessments (*Steuerbescheide*) and announcements of tax audits (*Betriebsprüfungen*) which may give rise to a claim of Purchaser under Section 10.1.1. Purchaser shall procure that Seller is provided with all relevant documents and other information reasonably required by Seller to evaluate the tax assessments or tax audits and the potential liability of Seller in connection therewith. If and to the extent that tax audits of the Group Entities relate to Taxes for which Seller may

be liable under Section 10.1.1, Seller shall at its request be given the opportunity to instruct, at its own expense, counsel, accountants or auditors in relation to such tax audits and to participate in meetings with tax authorities in relation to such tax audits.

- 10.1.4 Defense.** Purchaser shall take, and shall procure that the Group Entities take, such action as Seller may reasonably require by written notice to Purchaser to avoid, dispute, resist, appeal or otherwise defend against any claim for Taxes for which Seller may be liable under Section 10.1.1. Purchaser shall procure that any such defense will be controlled by Seller and that Seller will be provided with all relevant documents, other information and assistance reasonably required by Seller for the defense. Seller shall (i) keep Purchaser informed to a reasonable extent of the status of the defense; and (ii) comply with any reasonable requests of Purchaser with respect to any defense necessary to avoid a material adverse effect on significant business interests of Purchaser or the Group Entities. Purchaser and the Group Entities shall be given the opportunity to participate in the defense at their own expense with their own counsel. No concession shall be made by Purchaser or the Group Entities, and no claim for Taxes shall be acknowledged or settled, without the prior written consent of Seller, which consent shall not be unreasonably withheld, delayed or conditioned.
- 10.1.5 Exclusions and Limitations of Liability.** Without prejudice to Section 11, Purchaser shall not have a claim under Section 10.1.1 if and to the extent that:

- (i) Purchaser has failed to comply with its obligations under Sections 10.1.2 through 10.1.4 and such failure has affected the ability of Seller to avoid or mitigate the Taxes;
- (ii) the Group Entities are, as the result of an adjustment or payment giving rise to the Taxes for which indemnification is sought, entitled to any benefits by refund, set-off or a reduction of Taxes in periods after the Effective Date (e.g. in the case of a lengthening of amortization or depreciation periods or higher depreciation allowances); or
- (iii) the Taxes result from any change in the accounting or taxation principles or practices of the Group Entities

(including methods of submitting tax returns) introduced after the Effective Date, unless required by law.

- 10.1.7 Pro-rata Principle.** With respect to any Group Entity which is not directly or indirectly wholly owned by Seller as of the Effective Date, any claim of Purchaser under Section 10.1.1 shall be pro-rated according to the direct or indirect Equity Interest of Seller in such Group Entity as of the Effective Date.
- 10.1.8 Time Limitation.** Any claims of Purchaser under Section 10.1.1 shall be time-barred 6 (six) months after the final expiration of all relevant statutes of limitation periods (*Festsetzungsfristen*) for the relevant Tax. Section 8.8 sentences 2 and 3 shall apply *mutatis mutandis*.
- 10.1.9 Tax Refunds.** Seller shall be entitled to all refunds of Taxes received by the Group Entities attributable to any period ending on or prior to the Effective Date or portions thereof. Purchaser shall be entitled to set-off (*aufrechnen*) any claim under or in connection with this Agreement against any claim of Seller under this Section 10.1.9. Section 10.1.6 shall apply accordingly.
- 10.2 Environment**
- 10.2.1 Environmental Indemnity.** Subject to the provisions of this Section 10.2 and Section 11, Seller shall indemnify and hold harmless Purchaser and/or, at Purchaser's election, the Group Entities, from and against any Environmental Liabilities.
- 10.2.2 Definitions**
- (i) „Environmental Liabilities“ shall mean all Damages (including, without limitation, reasonable fees and expenses of environmental consultants and, legal and other advisors, but excluding lost profit and consequential damages) resulting from:
    - (a) obligations of Purchaser or any Group Entity to carry out investigation measures for purposes of risk assessment (*Maßnahmen zur Gefährdungsabschätzung*), clean-up measures (*Sanierungsmaßnahmen*), securing measures (*Sicherungsmaßnahmen*), protective containment measures (*Schutz- und Beschränkungsmaßnahmen*) or measures to eliminate, reduce or otherwise remedy an immediate danger to

- life or health (*Maßnahmen zur Abwehr von unmittelbar drohenden Gefahren für Leben und Gesundheit*), in each case relating to an Existing Environmental Condition („Environmental Remediation Measures“), provided, however, that such measures (x) have to be performed pursuant to a final or immediately enforceable order by an Authority (*bestandskräftiger oder sofort vollziehbarer Verwaltungsakt*), a final court judgment, or arbitral award (*rechtskräftiges Urteil oder Schiedsspruch*), or an agreement with an Authority relating to clean-up measures (*öffentlicht-rechtlicher Sanierungsvertrag*); (y) have been consented to in writing by Seller; or (z) are necessary to eliminate, reduce or otherwise remedy an immediate danger to life or health; and
- (b) claims of third parties for compensation of Damages suffered as a result of Existing Environmental Conditions.
  - (ii) „Existing Environmental Condition“ shall mean the presence on the Effective Date of Hazardous Materials in the soil, leachate (*Sickerwasser*), soil-vapor (*Bodenluft*), ground water, surface water (*Oberflächenwasser*), or building of the Owned Real Estate, the Leased Real Estate or any other real properties which have been owned, occupied (*Inhaberschaft der tatsächlichen Gewalt*) or used by any Group Entity on or prior to the Effective Date (collectively the „Covered Properties“).
  - (iii) „Hazardous Materials“ shall mean any pollutants, contaminants or hazardous substances according to the Environmental Laws including, without limitation, oil, petroleum, asbestos, hazardous wastes or toxic, explosive or radioactive substances.
  - (iv) „Environmental Laws“ shall mean all applicable laws (*Gesetze, Verordnungen, Satzungen*), ordinances (*Verwaltungsvorschriften*), rules, directives and regulations (*technische Normen und Regelwerke*) relating to environmental matters and being applicable to the Group Entities or the Covered Properties, as the case may be.

**10.2.3 Sliding Scale, Pro-rata Principle.** Seller's obligations pursuant to Section 10.2.1 shall, depending on the year after the Effective Date in which an Environmental Liability is notified to

Seller in accordance with Section 10.2.4, be limited to the following percentages of such Environmental Liability:

Year after the Effective Date	Percentage
1 <sup>st</sup>	95%
2 <sup>nd</sup>	90%
3 <sup>rd</sup>	80%
4 <sup>th</sup>	70%
5 <sup>th</sup>	60%
6 <sup>th</sup>	50%
7 <sup>th</sup>	40%
8 <sup>th</sup>	30%
9 <sup>th</sup>	20%
10 <sup>th</sup>	10%
11 <sup>th</sup>	0%

provided, however, that in respect of any Environmental Liabilities notified the Damages against which indemnification is sought must actually be suffered or incurred by Purchaser or the Group Entities within twelve (12) months after such notification, it is being understood that Seller shall not be obliged to indemnify and hold harmless Purchaser or the Group Entities from and against any Environmental Liabilities suffered after the 11<sup>th</sup> anniversary of the Effective Date. To the extent that such Damages are not suffered or incurred within such twelve months' period, the percentage applicable to such Damages shall be determined on the basis of the year in which such Damages are actually suffered or incurred. In addition, with respect to any Environmental Liabilities of Group Entities which are not directly or indirectly wholly owned by Seller, any claim of Purchaser under Section 10.2.1 shall be pro-rated according to the direct or indirect Equity Interest of Seller in such Group Entity as of the Effective Date.

**10.2.4 Environmental Liability Notice; Access to Information.** If Purchaser or any Group Entity becomes aware after the Effective Date of any circumstances giving a reasonably clear indication of an Environmental Liability, Purchaser shall give Seller written notice within thirty (30) days thereof (the „Environmental Liability Notice“). The Environmental Liability Notice shall state the nature and amount of the Environmental Liability, if and to the extent that such amount can with reasonable efforts be determined at the time the Environmental Liability Notice is given. To the extent reasona-

bly required by Seller to assess the Environmental Liability, and subject to Purchaser and the Group Entities being reimbursed their reasonable out-of-pocket costs and expenses by Seller, Purchaser shall provide, and shall procure that the Group Entities provide, Seller and its professional advisers access during normal business hours to the Covered Properties, their relevant books, other records and management and copies of relevant documents and other information.

**10.2.5 Consultation.** All measures taken by Purchaser with respect to any Environmental Liability shall be conducted after prior consultation (*Anhörung*) with Seller only, unless immediate action is required (*Gefahr im Verzug*). Purchaser shall keep Seller reasonably informed of the status of any proceeding with regard to Environmental Liabilities. Seller shall be given the opportunity to participate in any meetings with Authorities relating to the Environmental Liability in question.

**10.2.6 Exclusions and Limitations of Liability.** Without prejudice to Section 11, Purchaser shall not have a claim under Section 10.2.1 if and to the extent that:

- (i) Purchaser has failed to comply with its obligations under Sections 10.2.2 through 10.2.5 and such failure has affected the ability of Seller to avoid or mitigate the Environmental Liability; or
- (ii) the Environmental Liability is incurred as a consequence, after the Closing Date, of (a) grossly negligent omissions by Purchaser or the Group Entities to take actions required under any Environmental Laws in force at the time of the omission, (b) any activities of Purchaser or the Group Entities outside the ordinary course of business consistent with past practice, in particular any material change of use, cessation of business activities or abandonment of any buildings on the Covered Properties, (c) expansion activities, construction activities or demolition activities, (d) a failure of Purchaser or the Group Entities to take reasonable measures to minimize risks or to apply environmental and safety standards in accordance with past practice and any Environmental Laws in force.

**10.2.7 Time Limitation.** Any claims of Purchaser under Section 10.2.1 shall be time barred three (3) months after the end of the last year according to which Seller shall be liable for

any percentages of any Environmental Liability pursuant to Section 10.2.3. Section 8.8 sentences 2 and 3 shall apply *mutatis mutandis*.

**10.3 Indemnity by Purchaser.** Purchaser shall indemnify and hold harmless Seller, Seller's Affiliates and their Representatives (other than advisors) from and against any and all liabilities (whether present or future, actual or contingent), damages, losses and reasonable out-of-pocket costs and expenses arising out of or in connection with:

- (i) any claims made by or on behalf of the Group Entities after the Effective Date in relation to the Cash Pooling Agreement;
- (ii) any claims made by or on behalf of the Group Entities against Seller or any of Seller's Affiliates in their capacity as former direct or indirect shareholders of the Group Entities or against any of their Representatives in their capacity as former Directors of the Group Entities (for the avoidance of doubt, excluding the Profit Transfer Claim, claims which form part of the Cash, the Working Capital and the Group Entities Intragroup Balances as of the Effective Date and other claims under or in connection with contracts with Seller or Seller's Affiliates);

• *Bei Bestehen eines Ergebnisabführungsvertrages:*

[iii] subject to any claims under this Agreements, which shall not be affected by this Section 10.3 (iii), any claims made by or on behalf of the Company or third parties under or in connection with the DPLT Agreement, including, without limitation, the obligation of Purchaser to (a) fulfill any obligations of Seller under Section 302 AktG; (b) fulfill any obligations of Seller under Sections [ ] of the DLPT Agreement; and (c) provide security in favor of any creditors of the Company in order to avoid to the maximum extent any liability or obligation of Seller under Section 303 AktG, provided, however, that any guarantee or surety (*Garantie oder Bürgschaft*) furnished by Purchaser shall be payable on first demand and, for the avoidance of doubt, Purchaser shall not be entitled to the rights set forth in Section 303 (3) AktG. Purchaser's obligation under (iii) shall be conditional upon the Company or a

third party making claims against Seller under Sections 302 and 303 AktG;] and

- (iv) any claims under Section 24 (2) German Federal Soil Protection Act (*Bundes-Bodenschutzgesetz*), Section 9 (2) German Environmental Impairment Act (*Umweltschadensgesetz*) or any similar claims, which relate to an Existing Environmental Condition and are made by the Group Entities or any third parties against Seller or any Seller's Affiliates;

in each case unless and to the extent that Purchaser is entitled to claim Damages or indemnification by Seller with respect to such liabilities, damages, losses, costs or expenses under this Agreement.

#### Erläuterungen

- |  |  |
|--|--|
| 1. Einführung: Gegenstand von Verpflichtungen zur Freistellung | 9. Erläuterungen zu Ziffer 10.1.8              |
| 2. Erläuterungen zu Ziffer 10.1                                | 10. Erläuterungen zu Ziffer 10.2               |
| 3. Erläuterungen zu Ziffer 10.1.1                              | 11. Erläuterungen zu Ziffern 10.2.1 und 10.2.2 |
| 4. Erläuterungen zu Ziffer 10.1.2                              | 12. Erläuterungen zu Ziffer 10.2.3             |
| 5. Erläuterungen zu Ziffer 10.1.3                              | 13. Erläuterungen zu Ziffern 10.2.4 und 10.2.5 |
| 6. Erläuterungen zu Ziffern 10.1.4 und 10.1.5                  | 14. Erläuterungen zu Ziffer 10.2.6             |
| 7. Erläuterungen zu Ziffer 10.1.6                              | 15. Erläuterungen zu Ziffer 10.2.7             |
| 8. Erläuterungen zu Ziffer 10.1.7                              | 16. Erläuterungen zu Ziffer 10.3               |

#### 1. Einführung: Gegenstand von Verpflichtungen zur Freistellung

Pflichten des Verkäufers zur Freistellung (*Indemnities* oder *Indemnifications*) werden in aller Regel im Hinblick auf solche Risiken des Zielunternehmens vereinbart, die dem Käufer dem Grunde nach bekannt sind, hinsichtlich derer aber eine Unsicherheit besteht, ob, und wenn ja, in welcher Höhe ein Schaden eintreten wird. In solchen Fallkonstellationen kommt eine Einstandspflicht des Verkäufers auf Basis einer Gewährleistung nicht in Betracht, da Gewährleistungsansprüche regelmäßig zumindest insoweit ausgeschlossen sind, als Risiken in den Disclosure Schedules offengelegt werden (vgl. Ziffer 8.6 (ii) sowie Erläuterungen hierzu).

Gegenüber einer Berücksichtigung des Risikos bei der Kaufpreisermittlung ist die Vereinbarung einer Freistellung dann sinnvoll, wenn der Eintritt des Schadens unsicher ist bzw. die Höhe des voraussichtlichen Schadens nicht hinreichend genau bestimmt werden kann. In einer solchen Fallkonstellation sehen die Parteien eine Freistellungsregelung regelmäßig als sachgerecht an, da sie dem Verkäufer das Risiko im vertraglich vereinbarten Umfang zuweist und im Unterschied zu einem Ansatz im Rahmen der Kaufpreisregelung weder der Verkäufer noch der Käufer wegen eines Ablaufs des Geschehens windfall profits realisieren, der nicht den Erwartungen der Parteien entspricht, die von ihnen bei der Herabsetzung des Kaufpreises zugrunde gelegt worden sind.

Da im angelsächsischen Rechtsraum der Begriff „indemnification“ sowohl für Freistellungen als auch für den Schadensersatz bei der Verletzung von Gewährleistungen verwandt wird, sollte im Vertrag deutlich zum Ausdruck gebracht werden, ob Freistellung oder Schadensersatz gemeint ist.

Im Unterschied zum Schadensersatz muss der Käufer bei einem Anspruch auf Freistellung nicht darlegen und beweisen, dass ihm oder dem Zielunternehmen infolge der Vertragsverletzung ein erstattungsfähiger Schaden entstanden ist. Der Käufer kann sich mit dem Nachweis des Eintritts des die Freistellungsverpflichtung auslösenden Ereignisses begnügen. Bezieht sich die Freistellung etwa auf Verbindlichkeiten gegenüber einem Dritten, so obliegt dem Verkäufer nach allgemeinen Grundsätzen eine Verpflichtung zur Abwehr dieser Verbindlichkeiten durch befreieende Schuldübernahme (§ 414 BGB), Zahlung an den Dritten (§ 267 Abs. 1 BGB), Abschluss eines Erlassvertrages (§ 397 BGB) oder Verteidigungsmaßnahmen im vorgerichtlichen oder gerichtlichen Stadium.<sup>169</sup> Diese Abwehrpflicht besteht unabhängig davon, ob der Anspruch des Dritten begründet ist, was im Ergebnis zu einer Umkehr der Beweislast führt. Verweigert der Freistellungsschuldner die Freistellung und hat damit zunächst der Freistellungsberechtigte gegenüber dem Dritten einzustehen, so hat im anschließenden Regressprozess nunmehr der Freistellungsschuldner darzulegen und zu beweisen, dass der Anspruch des Dritten nicht bestand.<sup>170</sup> Daneben kommt eine Streitverkündung in Betracht, mittels derer der Freistellungsberechtigte den Freistellungsschuldner bereits in den Ausgangsprozess einbezieht und ihm damit den Einwand des Nichtbestehens der Schuld gegen den Dritten im Regressprozess abschneidet. Selbstverständlich können die Parteien vom oben dargestellten Grundsatz der Beweislastverteilung abweichen und sie entsprechend den für Gewährleistungen geltenden Prinzipien regeln. Schließlich finden – vorbehaltlich einer abweichenden Regelung im SPA – wegen der Rechtsnatur des Freistellungsanspruches die allge-

## 11. General Exclusions and Limitations of Seller's Liability

**11.1 Mitigation of Damages, Claims against Third Parties, Accruals.** Without prejudice to other exclusions or limitations set forth in this Agreement, Purchaser shall not have a claim under Sections 8.1 and 10, if and to the extent that:

- (i) the Damages, Taxes or Environmental Liabilities are the result of a failure by Purchaser or the Group Entities of their obligation to avoid or mitigate damages after the Closing Date (Section 254 BGB);
- (ii) the Damages, Taxes or Environmental Liabilities are compensated by payments from third parties, including, without limitation, payments under insurance policies of Purchaser or the Group Entities in existence as of the Closing Date. If and to the extent that Purchaser or the Group Entities have in connection with the respective Damages, Taxes or Environmental Liabilities payment claims against third parties, Purchaser shall use reasonable efforts, and shall procure that the Group Entities use reasonable efforts (which efforts shall, however, not require Purchaser or the Group Entities to take legal action against the third parties) to collect such claims. If and to the extent that payment from the third parties cannot be obtained within three (3) months as of a written request by Purchaser or the Group Entities, Seller shall satisfy its obligation under Sections 8.1, 10.1.1 and 10.2.1, respectively, against (*Zug-um-Zug*) assignment by Purchaser or the Group Entities, as the case may be, of the respective claims against the third parties. Following such assignment Purchaser shall provide, and shall procure that the Group Entities provide, Seller with all relevant documents and other information reasonably required by Seller to enforce the claims against the third parties; or
- (iii) the Damages, Taxes or Environmental Liabilities have been recorded as a liability or accrual (*Rückstellung*) in the [financial statements of the Group Entities as of [\_\_\_\_]/Effective Date Financial Statements].

**11.2 Maximum Amount of Liability.** The total liability of Seller under Sections 8.1, 10.1.1 and 10.2.1 shall not exceed EUR [\_\_\_\_] (in words Euro [\_\_\_\_] (the „Cap“)).

## 11. General Exclusions and Limitations of Seller's Liability

**11.3 Exclusion of Other Remedies.** The Parties are in agreement that except for any other remedies explicitly provided for by this Agreement, the remedies provided for in Sections 8 and 10 shall be the exclusive remedies available to Purchaser in respect of any circumstances relating to the status and condition of the Group Entities and their assets, liabilities and business. Unless explicitly otherwise provided therein, (i) any right of Purchaser to rescind (*zurücktreten*) from this Agreement or to require the unwinding of the transactions contemplated therein (e.g. by way of *großer Schadensersatz* or *Schadensersatz statt der Leistung*); (ii) any claim for defects of the purchase object under Sections 437 thorough 441 BG; (iii) any claim for breach of pre-contractual obligations (*culpa in contrahendo*, Sections 241 (2), 311 (2) (3) BGB); and (iv) any claim for frustration of contract pursuant to Section 313 BGB (*Störung der Geschäftsgrundlage*), shall be excluded, save for any remedies of Purchaser based on willful deceit (*arglistige Täuschung*) or intentional breach of contract (*vorsätzliche Vertragsverletzung*). All obligations of the Parties other than the obligation to transfer title to the Shares and to transfer the Seller Intragroup Balances shall be regarded as ancillary obligations (*Nebenpflichten*) and the rights of Purchaser in case of violation of such obligations shall be limited to compensation in cash (*Schadensersatz in Geld*), excluding the right to require the winding-up of the transactions contemplated hereunder (*kleiner Schadensersatz*).

### Erläuterungen

- |                                 |                                 |
|---------------------------------|---------------------------------|
| 1. Erläuterungen zu Ziffer 11.1 | 3. Erläuterungen zu Ziffer 11.3 |
| 2. Erläuterungen zu Ziffer 11.2 |                                 |

Gegenstand dieser Vorschrift sind Haftungsausschlüsse und -einschränkungen, die sowohl für Schadensersatzansprüche des Käufers bei der Verletzung von Gewährleistungen als auch für Ansprüche auf Freistellung von Steuern und Umweltrisiken gelten.

### 1. Erläuterungen zu Ziffer 11.1

In Ziffer 11.1 (i) wird die Geltung des allgemeinen Grundsatzes bestätigt, wonach Schadensersatzansprüche bei Mitverschulden der Höhe nach vermindert oder gänzlich ausgeschlossen sind (§ 254 BGB). Die Bestimmung bezieht sich dabei sowohl auf ein Mitver-

## 12. Covenants and Other Agreements

### 12.1 Period between Signing and Closing

**12.1.1 Activities at the Level of Seller.** Until the Closing Date, Seller shall not, without the prior written consent of Purchaser [(which consent shall not be unreasonably withheld, delayed or conditioned)]:

- (i) adopt or permit the adoption of any shareholders' resolution of the Company regarding:
  - (a) the liquidation of the Company;
  - (b) any amendment to the articles of association of the Company;
  - (c) any transformation of the Company within the scope of the UmwG;
  - (d) the conclusion of any enterprise agreement within the scope of Sections 291 and 292 AktG;
  - (e) the redemption (*Einziehung*) of any Shares;
  - (f) the appointment or dismissal of any Directors or Officers of the Company or any Subsidiary, the extension of their service or employment contracts or the increase of their remuneration or the granting of any benefits to them;
  - (g) any waiver of claims of the Company against any current or former Director or Officer;
  - (h) the appointment of new auditors;
  - (i) the declaration and/or payment of dividends or other distributions; or
  - (j) the determination (including restatements) of any financial statements of the Company;
- (ii) sell, transfer, create any encumbrances on or otherwise dispose of any Shares, or grant any options, warrants, pre-emptive rights, rights of first refusal or other rights to purchase or otherwise become the owner of any of the Shares; or
- (iii) enter into any agreement or other transaction or arrangement with the Group Entities on terms that are not at arm's length.

## 12. Covenants and Other Agreements

**12.1.2 Activities at the Level of the Group Entities.** Seller shall [use best/reasonable efforts to] ensure that until the Closing Date the Group Entities shall (a) [use best/reasonable efforts to] preserve their customer relationships; (b) [use best/reasonable efforts to] preserve their material assets in good working condition, reasonable wear and tear excepted; and (c) maintain insurance for their business as is customary in the respective line of the industry in which they operate. Seller shall ensure further that without the prior written consent of Purchaser [(which consent shall not be unreasonably withheld, delayed or conditioned)], none of the actions listed in Section 12.1.1 shall be taken with respect to any Group Entity other than the Company and that no Group Entity shall:

- (i) enter into any agreement or assume any obligation or liability connected with any of the actions listed in Section 12.1.1;
- (ii) enter into any agreement of the kind set forth in Section 7.8.1;
- (iii) sell, transfer, purchase or accept the transfer of any Equity Interests in any Legal Entities or any businesses or business divisions;
- (iv) pay or otherwise discharge, or provide security for, any material liabilities (whether matured, unmatured, asserted or unasserted, contingent, actual or other) other than the regular servicing of Financial Debt and the discharge of trade accounts payable, both in the ordinary course of business;
- (v) sell, transfer, create any encumbrances over or otherwise dispose of any real estate, IP Rights or Material Assets;
- (vi) adopt or amend any agreement, plan or other instrument relating to Employee Benefits;
- (vii) terminate or modify any Shareholders' Agreement;
- (viii) take any action other than in the ordinary course of business; or
- (ix) enter into any transaction that is not on arm's length terms.

**12.2 Access to Information.** To the extent reasonably required by Purchaser to fulfill the Closing Conditions and perform

the Closing Actions or to monitor compliance by Seller with its obligations under this Agreement, Seller shall procure that from the date of this Agreement, the Group Entities will provide to Purchaser and its professional advisers reasonable access during normal business hours to their properties, books, other records, management and employees and furnish to Purchaser such documents and other information that Purchaser reasonably requests.

- 12.3 **Disclosure of Events.** Between the date of this Agreement and the Closing Date, Seller undertakes to disclose to Purchaser in writing, immediately upon becoming aware of the same, any circumstances that indicate that there has been a Breach or a non-compliance by Seller with its covenants and other obligations under this Agreement.
- 12.4 **Release of Directors, Officers and Employees of the Group Entities.** Seller shall procure that with effect as of the Closing Date those of the Directors and Officers of the Group Entities who shall not resign as of the Closing and the employees of the Group Entities will be released from all of their liabilities and other obligations towards Seller and Seller's Affiliates, except for claims, if any, that Seller or Seller's Affiliates may have resulting from willful misconduct.

#### Erläuterungen

- |                                   |  |
|-----------------------------------|--|
| 1. Erläuterungen zu Ziffer 12.1   | 5. Exkurs: Covenants und karteilrechtliche Verbote |
| 2. Erläuterungen zu Ziffer 12.1.1 | 6. Erläuterungen zu Ziffer 12.3                    |
| 3. Erläuterungen zu Ziffer 12.1.2 | 7. Erläuterungen zu Ziffer 12.4                    |
| 4. Erläuterungen zu Ziffer 12.2   |  |

Die in diesem Abschnitt enthaltenen Vertragsklauseln regeln verschiedene Nebenpflichten der Parteien.

#### 1. Erläuterungen zu Ziffer 12.1

Der aus der anglo-amerikanischen Praxis stammende Begriff *Covenants* bezeichnet im allgemeinen Sprachgebrauch schlicht vertragliche Verpflichtungen.<sup>172</sup> Im engeren Kontext eines Unternehmenskaufvertrages meint er die Verpflichtungen und Beschränkungen des Verkäufers für die Zeit zwischen Vertragsabschluss und Closing. Sie dienen dem Interesse des Käufers, das Zielunternehmen zwischen Vertragsabschluss und Closing möglichst unverändert zu erhalten. Die Beschränkungen können unterschiedliche Intensität haben, von bloßen Informationspflichten des Verkäufers über Zustimmungs-

vorbehalte und Verbotsklauseln bis hin zu Weisungsrechten des Käufers.<sup>173</sup>

Die Rechtsfolgen der Verletzung von Covenants hängen von den getroffenen Vereinbarungen ab. Die kraft Gesetzes eintretende Rechtsfolge (der in der Praxis allerdings keine große Bedeutung zukommt; vgl. Exkurs am Ende der Erläuterungen zu Ziffer 12) sind Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche. Wichtiger sind die im Vertrag gesondert angeordneten Rechtsfolgen, nämlich die Nichterfüllung einer Closing Condition (Ziffer 6.1 (iv)) und die Nichtberücksichtigung der durch Covenant-Verletzungen bewirkten Veränderungen der Finanzzahlen bei der Kaufpreisermittlung (Ziffer 5.1.1). Der Schutzzweck der Covenants überschneidet sich damit mit dem Schutzzweck anderer gleichgerichteter vertraglicher Sicherungsmechanismen wie der Closing Conditions, der Kaufpreisanpassung zum Effektive Date und der Gewährleistungen des Verkäufers, soweit der Vertrag vorsieht, dass sie auch zum Zeitpunkt des Closings richtig sein müssen.

#### 2. Erläuterungen zu Ziffer 12.1.1

Hinsichtlich des Gegenstands der Covenants lässt sich unterscheiden zwischen Covenants betreffend die Gesellschafter- und Anteilsphäre und Covenants betreffend den Geschäftsbetrieb des Zielunternehmens. Die in Ziffer 12.1.1 des Vertragsmusters enthaltenen Covenants betreffen die Gesellschafter- und Anteilssphäre. Sie untersagen dem Verkäufer, ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Käufers strukturändernde Gesellschafterbeschlüsse bei der Zielgesellschaft (etwa betreffend Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen, sonstige Satzungsänderungen, Umwandlungen, Unternehmensverträge) zu fassen, die verkauften Geschäftsanteile an einen Dritten zu veräußern, zu belasten oder anderweitig hierüber zu verfügen oder zu Vorzugsbedingungen Verträge mit der Zielgesellschaft oder ihren Tochtergesellschaften abzuschließen. Derartige Covenants sind zur Wahrung des Interesses des Käufers am unveränderten Erhalt des Wertes der Zielgesellschaft unabdingbar und werden vom Verkäufer meist fraglos akzeptiert.

#### 3. Erläuterungen zu Ziffer 12.1.2

Mehr Verhandlungsaufwand erfordern Covenants betreffend den Geschäftsbetrieb der Zielgesellschaft und ihrer Tochtergesellschaften. Die Bandbreite der möglichen Gestaltungen reicht von sehr allgemein

Arbeitnehmer des Zielunternehmens ab dem Closing mit voller Loyalität hinter den Käufer stellen und nicht aufgrund eines Haftungsrisikos gegenüber dem Verkäufer in einen Interessenskonflikt geraten. Besonders wichtig ist dies für die Vorbereitung und Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen. Hierfür ist der Käufer in aller Regel auf die loyale Mitwirkung der Organmitglieder und Arbeitnehmer des Zielunternehmens angewiesen. Macht der Käufer erfolgreich Gewährleistungsansprüche geltend, so ist ohne eine solche Regelung je nach Fallkonstellation zumindest nicht auszuschließen, dass der Verkäufer bei den Organmitgliedern oder Arbeitnehmern des Zielunternehmens, soweit sie vor dem Closing in einem Rechtsverhältnis zu ihm standen, Regress nimmt. Das Risiko dieses Regresses muss der Käufer den Organmitgliedern und Arbeitnehmern nehmen. Ansprüche wegen vorsätzlichen Fehlverhalten bleiben natürlich ausgeklammert.

### 13. Non-compete; Non-solicitation

**13.1 Non-compete.** For a period of two (2) years from the Closing Date, Seller shall refrain, and shall procure that Seller's Affiliates refrain, from:

- (i) engaging, directly or indirectly, in the development, design, manufacture, assembly, marketing or distribution of, or the rendering of services for, [ ] if and to the extent that such products or services are delivered or rendered, directly or indirectly, to customers located in [ ] (any of such business activities a „Competing Activity“);
- (ii) holding, directly or indirectly, any Equity Interest in any Legal Entity engaging, directly or indirectly, in any Competing Activity, except for Equity Interests that are held as a financial investment only, i.e. do not give Seller or Seller's Affiliates the right, directly or indirectly, to control or exert material influence over the business of the respective Legal Entity;
- (iii) [*insbesondere bei natürlichen Personen als Verkäufer: serving as a Representative for any individual person or Legal Entity engaging, directly or indirectly, in any Competing Activity*]; or
- (iv) selling or otherwise making available, directly or indirectly, to any individual person or Legal Entity engaging, directly or indirectly, in any Competing Activity any know-how or other elements of goodwill, trade secrets or other information of a confidential nature of the Group Entities.

**13.2 Damages; Penalty.** In the case of a breach by Seller of the obligations in Section 13.1, the Damages of Purchaser for which Seller shall be liable as a result thereof shall include, without limitation, any Damages suffered by the Group Entities. In addition to any other remedies available to Purchaser under this Agreement or applicable law, Seller shall pay to Purchaser irrespective of fault a penalty of EUR [ ] (in words Euro [ ]) for each individual breach by Seller of any of the obligations set out in Section 13.1. If a breach by Seller continues for more than [thirty (30)] days, such continuation shall be regarded as a new and separate breach within the meaning of this Section 13.2. Purchaser shall not be deemed to have waived the requirement of Seller, and Seller shall not be deemed to be re-

lied of its obligation, to comply with the obligations of Section 13.1 by Purchaser accepting payment of such penalty or seeking any other remedy available to which Purchaser may be entitled under this Agreement or applicable law.

**13.3 Non-solicitation.** For a period of two (2) years from the Closing Date, Seller shall refrain, and shall procure that Seller's Affiliates refrain, from:

- (i) influencing or attempting to influence any customer, supplier, consultant or other third party maintaining a contractual or other business relationship with any Group Entity to terminate or discontinue such relationship or to reduce the volume of goods or services provided thereunder; or
- (ii) soliciting or attempting to solicit the service or employment of any current or future Director, Officer or employee of any Group Entity.

Section 13.2 shall apply *mutatis mutandis*, provided that the penalty for each case of breach by Seller of the obligations in this Section 13.3 shall be EUR [ ] (Euro [ ]).

**13.4 Injunctive Relief.** The Parties understand and agree that in the case of a breach by Seller of the obligations in this Section 13, the remedies available to Purchaser under this Agreement may not be sufficient to indemnify Purchaser and the Group Entities fully against all damage, and that therefore Purchaser shall be entitled to enforce any claims for specific performance (*Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche*) by injunctive relief (*einstweiliger Rechtsschutz*) without having to establish irreparable harm and without having to provide a bond or other collateral (*ohne Sicherheitsleistung*).

#### Erläuterungen

- |                                 |                                 |
|---------------------------------|---------------------------------|
| 1. Erläuterungen zu Ziffer 13.1 | 3. Erläuterungen zu Ziffer 13.3 |
| 2. Erläuterungen zu Ziffer 13.2 | 4. Erläuterungen zu Ziffer 13.4 |

#### 1. Erläuterungen zu Ziffer 13.1

Da der Wert des Zielunternehmens zu einem großen Teil von weichen Faktoren wie Marktposition, Reputation, Kundenstamm, geschäftliche Beziehungen oder Know-how (zusammenfassend neu-deutsch „Goodwill“) des Zielunternehmens abhängt, ist es für den

Käufer wichtig, dass dieser Goodwill durch den Inhaberwechsel des Zielunternehmens möglichst wenig beeinträchtigt wird. Soweit Goodwill in der Person des Verkäufers (etwa in persönlichen Beziehungen oder Know-how) begründet ist, hat der Käufer insbesondere ein Interesse daran, dass der Verkäufer den Goodwill nicht für Wettbewerb mit dem Zielunternehmen nutzt. Daher enthalten Unternehmenskaufverträge in der Regel ein Wettbewerbsverbot für den Verkäufer.

Die Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten in Unternehmenskaufverträgen unterliegt rechtlichen Beschränkungen aus § 138 BGB, § 1 GWB und – wenn das Wettbewerbsverbot auch den grenzüberschreitenden Handel in der EU spürbar beeinträchtigen – Art.101 AEUV. Die tatbestandlichen Ausgestaltungen dieser beschränkenden Vorschriften fließen ineinander und münden letztlich in einer Angemessenheitsprüfung. Nach der Rechtsprechung zu § 138 BGB, die bislang vor allem Wettbewerbsverbote gegenüber natürlichen Personen zum Gegenstand hatte, ist ein Wettbewerbsverbot sittenwidrig, wenn es die geschäftliche Freiheit des Verpflichteten übermäßig beschränkt, ohne dass dies durch berechtigte Interessen des Begünstigten geboten ist.<sup>185</sup> Um als Immanenzausnahme von § 1 GWB und Art. 101 AEUV Bestand zu haben, muss ein Wettbewerbsverbot sachlich, räumlich und zeitlich auf das Maß beschränkt sein, das erforderlich ist, damit der Erwerber die ihm bei der Unternehmensübertragung überlassenen Kundenbeziehungen festigen kann.<sup>186</sup> § 1 GWB und Art. 101 AEUV folgen insoweit weitgehend den selben Voraussetzungen. Ein Wettbewerbsverbot ist danach nur dann gerechtfertigt, wenn es im Hinblick auf Gegenstand, Dauer und räumlichen Anwendungsbereich nicht die Grenzen dessen überschreitet, was vernünftigerweise als notwendig angesehen werden kann.<sup>187</sup>

Sachlich und räumlich muss sich das Wettbewerbsverbot daher auf den Bereich beschränken, in dem das Zielunternehmen tätig ist. Dieser Bereich kann mit einer Generalklausel umschrieben werden („Seller shall not compete in any manner, directly or indirectly, with the Group Entities in the lines of business and the territory in which the Group Entities are active on the Closing Date“). Unter bestimmten Voraussetzungen können auch (noch) umsatzlose Geschäftsbereiche oder Gebiete in den Umfang des Wettbewerbsverbots aufgenommen werden. Mehr Rechtssicherheit bietet aber, wie im Vertragsmuster vorgesehen, eine abschließende Aufzählung der unzulässigen Wettbewerbshandlungen und eine ausdrückliche Festlegung der Produkte oder Dienstleistungen und des Territoriums, für die das Wettbewerbsverbot gelten soll. Eine Aufzählung empfiehlt sich insbesondere dann, wenn auch Handlungen erfasst werden sollen, von denen nicht zweifelsfrei klar ist, ob sie sich unter

14. Merger Clearances [; Foreign Trade Clearance]
- 14.1 **Merger Clearances.** For the transactions contemplated by this Agreement merger clearance shall be sought with the [German Federal Cartel Office (*Bundeskartellamt – BKartA*)] and European Commission] and under the laws of [\_\_\_\_\_] (the „Merger Clearances“).
- 14.2 **Merger Filings.** As soon as reasonably practicable after the execution of this Agreement, Purchaser shall on behalf of Seller, Purchaser and/or the Group Entities, as required under applicable law, make all filings to the competent merger authorities which are necessary to obtain the Merger Clearances as soon as possible. [The wording of the filings requires the prior written approval of Seller (which approval shall not be unreasonably withheld, delayed or conditioned)]. Seller shall provide, and shall procure that the Group Entities provide, to Purchaser upon Purchaser's reasonable request such documents and other data and such other assistance as is necessary or expedient to obtain the Merger Clearances as soon as possible. [Purchaser shall not be permitted to withdraw any filings without Seller's prior written consent (such consent not to be unreasonably withheld, delayed or conditioned).] The Parties shall use reasonable efforts to procure that the Merger Clearances will be granted as soon as possible.
- 14.3 **Discussions with Merger Authorities.** Seller and Purchaser shall comply and shall cause their respective Affiliates (including the Group Entities) to comply with all information and other formal requests by the competent merger authorities. If and to the extent that a competent merger authority rejects clearance of the transaction, or provides clearance only subject to conditions or limitations as a result of which the Closing Condition in Section 6.1 (i) is not fulfilled, Purchaser shall at Seller's reasonable written request and at [Purchaser's own/Seller's] costs contest and appeal against the decision of the merger authority.
- *Falls der Käufer verpflichtet werden soll, den Kartellbehörden Auflagen vorzuschlagen, unter denen die Kartellbehörden die Transaktionen freigeben:*
- Purchaser shall (i) enter into discussions with the competent merger authorities to explore the possibility to remove con-

cerns of the merger authorities by remedies to be imposed by the merger authorities as conditions or limitations; and (ii) propose to the merger authorities those remedies which are reasonably likely to remove relevant concerns of the merger authorities [provided that the Purchaser shall not be obliged to propose any remedies which would (x) require Purchaser to divest or cause the divestment of (A) existing businesses, business divisions or product lines of Purchaser or Purchaser Affiliates, or (B) businesses, business divisions or product lines of the Group Entities which represent more than [\_\_\_\_\_]% of the consolidated annual sales of the Group Entities, or (y) have any other significant unreasonable effect on Purchaser or Purchaser's Affiliates.]

- *Falls der Käufer eine Unbedenklichkeitsbescheinigung nach §53 Absatz 3 AWV einholen soll:*

- 14.4 **Foreign Investment Clearance.** As soon as reasonably practicable [but in no event later than ten (10) Business Days] after the execution of this Agreement, Purchaser shall apply with the German Federal Ministry of Economics and Technology (*Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie – BMWi*) for the Foreign Investment Clearance Certificate. To the application and the further process until granting of the certificate or final and binding rejection of the application, Sections 14.2 and 14.3 shall apply *mutatis mutandis*.

#### Erläuterungen

- |                                 |                                 |
|---------------------------------|---------------------------------|
| 1. Erläuterungen zu Ziffer 14.1 | 3. Erläuterungen zu Ziffer 14.3 |
| 2. Erläuterungen zu Ziffer 14.2 | 4. Erläuterungen zu Ziffer 14.4 |

#### 1. Erläuterungen zu Ziffer 14.1

Die Bestimmung regelt, bei welchen Kartellbehörden der mit dem Vertrag zu bewirkende Zusammenschluss angemeldet wird und wie die Beteiligten die Anmeldungen auf den Weg bringen. Die Liste der Jurisdiktionen, in denen eine Anmeldung erfolgt, muss nicht identisch sein mit der Liste der Jurisdiktionen, in denen zur Erfüllung der Closing Condition in Ziffer 6.1 (i) eine kartellrechtliche Freigabe erfolgen muss. In manchen Jurisdiktionen (z.B. Brasilien) ist nämlich mit der Anmeldepflicht kein Vollzugsverbot verbunden, so dass der Zusammenschluss zwar angemeldet werden muss, der Vollzug aber keiner Freigabe bedarf. Meist besteht in solchen Juris-

Informations- und Mitwirkungsrechte ausbedingen. Die Verfahrensregelungen entsprechen den Regelungen betreffend Kartell anmeldungen.

Bei Zielgesellschaften mit geschäftlichen Aktivitäten oder Tochtergesellschaften im Ausland sind möglicherweise auch außenwirtschaftliche Beschränkungen anderer Jurisdiktionen zu beachten. In den USA etwa unterliegen Transaktionen mit Unternehmen, die für die öffentliche Sicherheit und Ordnung der USA von Bedeutung sind, dem Vorbehalt der Genehmigung durch das Committee of Foreign Investment in the United States (*CIFIUS*). Das Freigabeverfahren ist ähnlich strukturiert wie das Verfahren nach der AWV.

## 15. Transition of Business

**15.1 General Cooperation.** The rights of the Parties under this Agreement notwithstanding, from the Closing onwards Seller and Purchaser shall cooperate, and shall procure that their Affiliates cooperate, with reasonable efforts to provide for a smooth and expedient transition of the Group Entities to Purchaser.

- *Falls Verträge zwischen den Zielgesellschaften und dem Verkäufer und seinen Konzerngesellschaften mit Wirkung zum Closing beendet werden sollen:*

**15.2 Termination of Agreements.** Seller shall procure that at or prior to the Closing, the agreements listed in Exhibit 15.2 will be terminated by mutual agreement with effect as of the Closing Date. The termination shall be made without any costs for the Group Entities and with full release of the Group Entities from any liabilities and other obligations.

- *Falls die Laufzeit von Verträgen zwischen den Zielgesellschaften und dem Verkäufer und seinen Konzerngesellschaften mit Wirkung zum Closing verlängert werden soll:*

**15.3 Extension of Terms of Agreements.** Seller shall procure that at or prior to the Closing, the agreements listed in Exhibit 15.3 will be extended by and between the respective parties thereto for the periods set forth in Exhibit 15.3.

- *Falls beim Closing neue Verträge zur Änderung bestehender Verträge zwischen den Zielgesellschaften und dem Verkäufer und seinen Konzerngesellschaften abgeschlossen werden sollen:*

*Variante A: Die Verträge werden zusammen mit dem SPA verhandelt und dem SPA in vollem Wortlaut als Anlage beifügt:*

**15.4 Execution of Ancillary Agreements.** Seller shall procure that at or prior to the Closing, the agreements set forth in Exhibit 15.4 [*alternativ: agreements conforming to the draft agreements attached as Exhibit 15.4*] (the „Ancillary Agreements“) will be executed.

*Variante B: Die Verträge sollen erst zwischen Vertragsabschluss und Closing verhandelt werden:*

**15.4 Execution of Ancillary Agreements.** Between the date of this Agreement and the Closing, Seller and Purchaser shall negotiate in good faith the terms and conditions of the agreements listed in Exhibit 15.4 (the „Ancillary Agreements“). Seller shall procure that at or prior to the Closing, the Ancillary Agreements will be executed by the designated parties thereto with effect as of the Closing Date.

- *Falls das Zielunternehmen nach dem Closing den Namen des Verkäufers weiter benutzen darf:*

**15.5 Use of Name.** Seller hereby gives its irrevocable consent to the continued use by the Group Entities of the name [ ] as the Group Entities' name or a component thereof. Seller shall refrain, and shall cause Seller's Affiliates to refrain, from using such name or a component thereof or a similar (*verwechslungsfähig*) name for Seller's or Seller's Affiliates' own business purposes and from granting a right to use such name or a component thereof to any third party.

- *Falls die Group Entities die Verwendung des Namens des Verkäufers nach Closing einstellen sollen:*

**15.5 Discontinuation of Use of Name.** Purchaser shall procure that as soon as possible, but in any event after expiration of [three (3)] months after the Closing Date, the Group Entities shall discontinue the use of the name [ ] or a component thereof. Purchaser shall procure that all actions reasonably necessary to ensure such discontinuation are taken, including, without limitation, the adoption of shareholder and other resolutions, all actions necessary to eliminate such name or component from firm and corporate names and the removal of such name or component from stationery, promotional material, websites, buildings, fixtures and elsewhere. Purchaser shall procure further that from the Closing Date onwards the Group Entities will not use a firm name or a component thereof which is similar (*verwechslungsfähig*) to the name [ ].

**15.6 Termination of Other Relationships.** Except as set forth in this Agreement, with effect from the Closing Date, all agreements and other arrangements between Seller and Seller's Affiliates on the one side and the Group Entities on the other side shall be terminated with full release of the Group Entities from all claims, liabilities and other obligations. If after the Closing Date any such claim, liability or other obligation still exists, Seller shall waive, and shall procure that Seller's Affili-

ates waive, on demand all rights against the relevant Group Entity, its Directors, Officers and employees in respect of such claim, liability or other obligation.

#### Erläuterungen

- |                                 |                                 |
|---------------------------------|---------------------------------|
| 1. Erläuterungen zu Ziffer 15.1 | 4. Erläuterungen zu Ziffer 15.4 |
| 2. Erläuterungen zu Ziffer 15.2 | 5. Erläuterungen zu Ziffer 15.5 |
| 3. Erläuterungen zu Ziffer 15.3 | 6. Erläuterungen zu Ziffer 15.6 |

Ziffer 15 enthält Regelungen für den reibungslosen Übergang des Zielunternehmens auf den Käufer. Die sachgerechte Gestaltung dieser Regelungen ist eine Frage des Einzelfalles. Bei Zielunternehmen, die sehr intensiv in den Verkäufer-Konzern eingebunden sind, können erheblich detailliertere Regelungen erforderlich sein. In komplexen Fällen werden derartige Regelungen auch aus dem Unternehmenskaufvertrag herausgenommen und in einem eigenen Vertrag, etwa bezeichnet als Überleitungsvertrag (*Transition Agreement*), separat geregelt. Die im Vertragsmuster vorgesehenen Regelungen beschränken sich darauf, die Grundstrukturen möglicher Regelungen aufzuzeigen.

#### 1. Erläuterungen zu Ziffer 15.1

Die Bestimmung stellt die allgemeine Verpflichtung der Parteien auf, zum Zweck einer möglichst reibungslosen und raschen Überleitung des Zielunternehmens auf den Käufer zu kooperieren und ihre Konzerngesellschaften zur Kooperation zu veranlassen.

Erfordern die Mitwirkungshandlungen des Verkäufers eine starke Inanspruchnahme seiner Ressourcen, wird der Verkäufer hierfür möglicherweise eine Vergütung verlangen. In diesem Fall muss im SPA abgegrenzt werden, welche Tätigkeiten unter die allgemeine Kooperationspflicht fallen und für welche Tätigkeiten der Verkäufer eine Vergütung verlangen kann. Kann diese Abgrenzung bei Abschluss des Vertrages noch nicht vorgenommen werden, weil die erforderlichen Mitwirkungshandlungen noch nicht im Einzelnen absehbar sind, kommt hilfsweise eine abgrenzende Generalklausel in Betracht („*If for the purpose of providing for a smooth and expedient transition of the Group Entities to Purchaser, Purchaser requests Seller to perform any activities which exceed the level of activities which can reasonably be expected to form part of Seller's obligation to cooperate pursuant to this Section 15.1, Seller shall be entitled to apply to these activities a reasonable charge, which shall cover Seller's internal and external costs and expenses*“).

## 16. Confidentiality and Public Announcements

**16.1 Confidentiality Undertaking.** Each Party undertakes to treat, and shall procure that its Affiliates and their respective Representations treat, Proprietary Information strictly confidential and refrain from disclosing it to any third parties, unless such disclosure is explicitly permitted by this Agreement.

**16.2 Proprietary Information.** „Proprietary Information“ shall mean:

- (i) with respect to the confidentiality obligations of either Party: the contents of (a) this Agreement; (b) any related agreements (whether legally binding or not), minutes, term sheets, notes, letters or other documents prepared or executed by Seller, Seller's Affiliates or their Representatives on the one side and Purchaser, Purchaser's Affiliates, the Group Entities or their Representatives on the other side; and (c) related discussions and negotiations;
- (ii) with respect to the confidentiality obligations of Seller alone: any information about the Group Entities and any information obtained in connection with the preparation, negotiation, execution or consummation of this Agreement and the transactions contemplated herein about Purchaser, Purchaser's Affiliates and their Representatives; and
- (iii) with respect to the confidentiality obligations of Purchaser alone: until the Closing any information about the Group Entities and as from the date of this Agreement any information obtained in connection with the preparation, negotiation, execution or consummation of this Agreement and the transactions contemplated herein about Seller, Seller's Affiliates and their Representatives;

except for information that (a) in the case of items (i), (ii) and (iii) has come into the public domain; or (b) in the case of items (ii) and (iii) has been received from an independent source, save in either case where such information has come into the public domain or been received from an independent source following a breach by either Party, its Affiliates or their respective Representatives of any confidentiality obligation owed in this Section 16.2.

**16.3 Consented Disclosures.** A Party may disclose Proprietary Information to any third party upon prior written consent of the

other Party, which consent shall not be unreasonably withheld or delayed.

**16.4 Disclosures to Secondary Recipients.** A Party may disclose Proprietary Information to its Affiliates or Representatives (collectively „Secondary Recipients“) only if such Secondary Recipients are either on the basis of law, contract or enforceable rules of conduct subject to confidentiality obligations equivalent to the confidentiality obligations of the disclosing Party under this Section 16. At the other Party's written request, the disclosing Party shall inform the other Party in writing of (i) the identity (including name or firm name and mail address) of any Secondary Recipient to which the disclosing Party has disclosed Proprietary Information; (ii) the basis, scope and nature of such Secondary Recipient's confidentiality obligations; and (iii) the Proprietary Information disclosed to the Secondary Recipient. The disclosing Party shall ensure that any Secondary Recipient is aware of the confidential nature of the Proprietary Information and treats the Proprietary Information in accordance with its own confidentiality obligations. If reasonably necessary (in the opinion of the disclosing Party) or upon reasonable request by the other Party, the disclosing Party shall enforce its rights towards the Secondary Recipients. The disclosing Party shall be liable for any losses suffered by the other Party, its Affiliates (including, in the case of Purchaser, the Group Entities) and their Representatives as a result of the disclosure of Proprietary Information to any Secondary Recipient, regardless of any fault of the disclosing Party or the Secondary Recipient.

**16.5 Mandatory Disclosures.** A Party may disclose Proprietary Information if and to the extent that such disclosure is mandatory pursuant to applicable law, governmental or court order, stock exchange regulations or required by any governmental, supervisory or regulatory body (including any body regulating take-overs). Prior to making a mandatory disclosure, the disclosing Party shall inform the other Party in writing of the need to make such disclosure and the circumstances requiring it and the Parties shall discuss and agree in good faith upon defense measure, if any, or other appropriate means to protect the other Party's interests.

**16.6 Injunctive Relief.** If and to the extent provided by applicable law, in the case of any violation by a Party or any Secondary Recipient of the provisions of this Section 16, Section 13.4 shall apply *mutatis mutandis*.

- 16.7 Penalty.** For each case of a violation by a Party of its obligations under Section 16.1, the violating Party shall, in addition to any other remedies available to the other Party under this Agreement or applicable law, pay to the other Party a penalty of EUR [\_\_] (in words Euro [\_\_]). Section 13.2 shall apply *mutatis mutandis*.
- 16.8 Termination of Obligations.** The obligations of the Parties under Section 16.1 shall terminate on the fifth anniversary of the Closing Date.
- 16.9 Public Announcements.** Subject to Section 16.4 and 16.5, without the written consent of the other Party, neither Party shall make any public announcement regarding this Agreement. Any such public announcement shall be agreed upon in good faith between the Parties.

#### Erläuterungen

- |                                 |                                 |
|---------------------------------|---------------------------------|
| 1. Erläuterungen zu Ziffer 16.1 | 6. Erläuterungen zu Ziffer 16.6 |
| 2. Erläuterungen zu Ziffer 16.2 | 7. Erläuterungen zu Ziffer 16.7 |
| 3. Erläuterungen zu Ziffer 16.3 | 8. Erläuterungen zu Ziffer 16.8 |
| 4. Erläuterungen zu Ziffer 16.4 | 9. Erläuterungen zu Ziffer 16.9 |
| 5. Erläuterungen zu Ziffer 16.5 |                                 |

Ziffer 16 regelt die Verpflichtungen der Parteien betreffend Vertraulichkeit und öffentliche Mitteilungen über die Transaktion. Bis zum Abschluss des SPA ist in der Regel lediglich der Käufer auf der Grundlage des von ihm zu Beginn des Transaktionsprozesses abgegebenen *Confidentiality Undertaking* zur Vertraulichkeit verpflichtet. Da die Verpflichtungen aus dem Confidentiality Undertaking in der Regel mit dem Abschluss des SPA enden, muss die fortgesetzte Wahrung der Vertraulichkeit im SPA eine neue rechtliche Grundlage erhalten. Da mit Abschluss des SPA beide Parteien ein Interesse an der vertraulichen Behandlung der Transaktion haben, gelten die Verpflichtungen nunmehr für beide Parteien.

#### 1. Erläuterungen zu Ziffer 16.1

Die Bestimmung stellt sicher, dass, von den im Vertrag im Einzelnen spezifizierten Ausnahmen abgesehen, jede Partei die sich aus der Transaktion ergebenden vertraulichen Informationen (*Proprietary Information*) auch nach der Transaktion vertraulich behandelt.

#### 2. Erläuterungen zu Ziffer 16.2

Proprietary Information umfasst zum einen den Inhalt des Vertrages, der Nebenverträge und sonstigen Dokumente sowie der Besprechungen und Verhandlungen zwischen den Parteien. Insoweit besteht eine Geheimhaltungsverpflichtung für beide Parteien. Proprietary Information umfasst weiterhin die von den Parteien im Zuge der Transaktion ausgetauschten Informationen übereinander sowie über das Zielunternehmen. Insoweit besteht eine Geheimhaltungspflicht nur für die jeweils informationsempfangende Partei.

Hinsichtlich der Informationen über das Zielunternehmen kehrt sich die Geheimhaltungspflicht mit dem Abschluss des SPA und dem Closing stufenweise um. Traf die Geheimhaltungspflicht aus dem Confidentiality Undertaking alleine den Käufer, so sind aus dem SPA bis zum Closing beide Parteien und ist ab dem Closing nur noch der Verkäufer zur Geheimhaltung verpflichtet. Ausgenommen von der Geheimhaltungspflicht sind öffentlich bekannte oder den Parteien anderweitig bekannt gewordenen Informationen, allerdings nur insoweit, als dieser Umstand nicht seinerseits auf einer Verletzung von Geheimhaltungspflichten der Partei beruht.

#### 3. Erläuterungen zu Ziffer 16.3

Die Bestimmung stellt klar, dass die Weitergabe von Proprietary Information mit Zustimmung der anderen Partei zulässig ist und die Zustimmung nur aus wichtigem Grund verweigert werden darf.

#### 4. Erläuterungen zu Ziffer 16.4

Die Bestimmung regelt die Weitergabe von Proprietary Information an verbundene Unternehmen oder Organmitglieder, Mitarbeiter und Berater der weitergebenden Partei (*Secondary Recipients*). Der rechtlichen Ausgestaltung dieser Weitergabe wird in der Praxis nicht immer genügend Aufmerksamkeit geschenkt. Das Vertragsmuster sieht vor, dass die Weitergabe zulässig ist, wenn der Empfänger einer äquivalenten Geheimhaltungspflicht unterliegt. Die weitergebende Partei muss die andere Partei allerdings über die Weitergabe informieren und die Einhaltung der Geheimhaltungspflicht des Empfängers durchsetzen. Außerdem haftet sie verschuldensunabhängig für den aus der Weitergabe entstandenen bzw. entstehenden Schaden. Die Bestimmung verlangt den Parteien besondere Disziplin in der Weiterga-

## 17. Notices

All notices and other communications hereunder shall be made in writing and shall be sent by email, telefax, mail or courier to the following addresses:

If to Seller, to:

[  ]  
Attn. [  ]  
[Mail address]  
Telefax-No. [  ]

with a copy to:

[  ]  
Attn: [  ]  
[Mail address]  
Telefax-No. [  ]

If to Purchaser, to:

[  ]  
Attn. [  ]  
[Mail address]  
Telefax-No. [  ]

with a copy to:

[  ]  
Attn: [  ]  
[Mail address]  
Telefax-No. [  ]

or to such other recipients or addresses that may be notified by any Party to the other Party in the future in writing.

## Erläuterungen

Die Bestimmung dient der Rechtssicherheit in der Kommunikation der Parteien. Da es sich bei den Parteien eines Unternehmenskaufvertrages häufig um große Industrieunternehmen mit zahlreichen Bereichen und Abteilungen handelt, wäre ohne eine solche Bestimmung nicht sicherzustellen, dass wechselseitige Mitteilungen rasch und sicher den richtigen Empfänger erreichen. Daher legt das Vertragsmuster für jede Partei eine empfangszuständige Person und

ihre Empfangsadresse fest. Eine Kopie ist jeweils an den die Partei beratenden Rechtsanwalt zu senden.

Besteht die Käufer- oder Verkäuferseite aus mehreren oder gar zahlreichen Parteien (z.B. beim Verkauf durch Familiengesellschafter oder an der Zielgesellschaft beteiligte Manager), so empfiehlt es sich, für diese eine einzige empfangs- und erkläzungszuständige Person festzulegen („*Sellers hereby appoint [.....] for all purposes of this Agreement as their agent. The agent shall have the exclusive authority to receive from and give to Purchaser in the name of each Seller any statement or notice under or in connection with this Agreement*“).

Hinsichtlich der Kommunikationsmittel sieht das Vertragsmuster Übermittlung per Email, Telefax, Post oder Boten vor. Da bei Mitteilungen per Email, Telefax und Post der Nachweis des Zugangs problematisch sein kann, finden sich in der Praxis häufig Beschränkungen auf eingeschriebenen Brief oder Boten. Diese Beschränkung kann die Kommunikation aber erheblich erschweren. Im Einzelfall sind daher die Erfordernisse der Leichtigkeit und Schnelligkeit der Kommunikation einerseits und des Zugangsnachweises andererseits gegeneinander abzuwägen.

Den Folgen eines Verstoßes gegen die vertraglichen Kommunikationsbestimmungen (z.B. durch Verwendung eines nicht vorgesehenen Kommunikationsmittels oder eine Mitteilung an einen im Vertrag nicht genannten Empfänger) haben Rechtsprechung und Vertragspraxis bislang keine große Aufmerksamkeit zugewandt. In der Praxis kommt es immer wieder zu zahlreichen Verstößen gegen die Kommunikationsbestimmungen, ohne dass die Parteien, selbst in einer Phase der streitigen Auseinandersetzung, daran Anstoß nehmen würden. Erhält eine Partei eine nicht vertragsgemäße Mitteilung, so wäre sie, wenn sie die Vertragswidrigkeit beanstanden möchte, nach Treu und Glauben wohl verpflichtet, dies unverzüglich zu tun (vgl. § 174 BGB). Beanstandet die Partei die Mitteilung nicht, so muss sie sich daran festhalten lassen; die verletzten Kommunikationsbestimmungen gelten dann für diese Mitteilung als einvernehmlich abgedungen.

Ernsthaft problematisch kann eine Verletzung der vertraglichen Kommunikationsbestimmungen also nur bei fristgebundenen Mitteilungen werden. Hier kann die Vertragswidrigkeit und unverzügliche Beanstandung durch die andere Partei möglicherweise zur Fristversäumnis führen.

## 18. Costs

All costs, including fees, expenses and charges, incurred in connection with the preparation, negotiation, execution and consummation of this Agreement or the transactions contemplated herein, including, without limitation, the fees and expenses of professional advisers, shall be borne by the Party having commissioned such costs. The fees for the notarial recording of this Agreement shall be borne by Purchaser. The fees for the clearance of the merger contemplated herein charged by the [BKartA/EU commission/foreign antitrust authorities] shall be evenly split between the Parties.

### Erläuterungen

Die Kostenregelung des Vertragsmusters entspricht dem üblichen Standard bei M&A-Transaktionen. Die Kosten ihrer Berater (Investmentbank, M&A-Berater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte und sonstige spezielle Berater) trägt jede Partei selbst; die Kosten für die Beurkundung des Vertrages trägt der Käufer. Für die Kosten kartellrechtlicher Freigabeverfahren gibt es keine einheitliche Praxis. In manchen Fällen trägt sie der Käufer, in anderen werden sie geteilt.

Besteht ein besonderes Risiko, dass das Closing an Umständen scheitern könnte, die aus der Sphäre einer Partei stammen (z.B. bei Nichterteilung einer vom Käufer als sicher in Aussicht gestellten kartellrechtlichen Freigabe oder – bei fremdfinanzierten Transaktionen – Nichtzustandekommen der Fremdfinanzierung), so wird gelegentlich vereinbart, dass die betreffende Partei der anderen Partei sämtliche Kosten erstatten muss.

## 19. Miscellaneous

### 19. Miscellaneous

- 19.1 **Exhibits.** All Exhibits to this Agreement shall be an integral part of this Agreement. In the case of a conflict between any Exhibit and the provisions of this Agreement, the provisions of this Agreement shall prevail.
- 19.2 **Entire Agreement.** This Agreement comprises the entire agreement between the Parties concerning its subject matter and shall supersede all prior agreements, oral and written declarations of intent and other legal arrangements (whether binding or non-binding) made by the Parties in respect thereof.
- 19.3 **Amendments.** Any amendments to this Agreement (including amendments to this clause) shall be valid only if made in writing, unless applicable mandatory law requires otherwise.
- 19.4 **Interpretation.** The headings in this Agreement are inserted for convenience only and shall not affect the interpretation of this Agreement. Except as set forth otherwise, references to „Section“ refer to the corresponding Section of, and references to „Exhibit“ to the corresponding Exhibit to this Agreement. All words used in this Agreement shall be construed to be of such gender or number as the circumstances require. The word „including“ shall not limit the meaning of the preceding words or terms. Where this Agreement provides that a Party shall cause, procure or ensure a certain action or situation, such Party shall be strictly liable, without regard to negligence or [other fault], for any losses of the other Party resulting from the fact that such action or situation is not brought about (verschuldensunabhängige Erfolgshaftung). Wherever this Agreement refers to a contract or other agreement, such reference shall apply to and include all ancillary agreements, arrangements, amendments, side letters, waivers and other legally binding statements, if any, related thereto.
- 19.5 **German Terms.** Wherever this Agreement includes English terms after which either in the same provision or elsewhere in this Agreement German terms have been inserted in brackets and/or italics, the respective German terms alone and not the English terms shall be authoritative for the interpretation of the respective provisions.
- 19.6 **Assignment.** Without the written consent of the other Party, no Party shall be entitled to assign any rights or claims under this Agreement to any third party.

- Wenn es sich um eine fremdfinanzierte Transaktion handelt und der Käufer seine Ansprüche aus dem SPA zur Sicherheit an die finanziierenden Banken abtreten muss:

Seller hereby consents to the assignment of any claims of Purchaser under this Agreement to any banks or other lenders as collateral for any debt incurred by Purchaser or any Affiliate of Purchaser in connection with the financing of the Purchase Price or any other obligations of Purchaser under this Agreement.

**19.7 Set-off and Retention.** Except as otherwise provided in this Agreement, no Party shall be entitled to set off (*aufrechnen*) or net off (*verrechnen*) against any claims of any other Party under or in connection with this Agreement or to exercise any right of retention (*Zuriickbehaltungsrecht*).

**19.8 Governing Law.** This Agreement shall be governed by, and construed in accordance with, the laws of the Federal Republic of Germany, without regard to principles of conflicts of laws.

- Falls eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen werden soll:

**19.9 Venue.** Exclusive venue (*ausschließlicher Gerichtsstand*) for all disputes arising under or in connection with this Agreement or its validity shall be [\_\_].

- Falls eine Schiedsabrede getroffen werden soll:

**19.9 Arbitration.** All disputes arising under or in connection with this Agreement or its validity shall be finally settled by three arbitrators in accordance with the Arbitration Rules of the German Institution of Arbitration e. V. (DIS) without recourse to the ordinary courts of law. The venue of the arbitration shall be Frankfurt am Main. The language of the arbitration proceedings shall be English. [This arbitration clause shall be governed by the laws of the Federal Republic of Germany.]

**19.10 Partial Invalidity.** If one or more provisions of this Agreement shall be invalid or unenforceable, the validity and enforceability of the other provisions of this Agreement shall not be affected. In such case the invalid or unenforceable provision shall be deemed to have been replaced by such valid and enforceable provision or provisions that reflect as closely as possible the commercial intention of the Parties as regards the invalid or unenforceable provision. [It is the express intent of the Parties that this Section 19.10 shall not be construed as a mere reversal of burden of proof (*Beweislast*)]

*umkehr) but as a contractual exclusion of Section 139 BGB in its entirety.]*

#### Erläuterungen

- |                                 |                                   |
|---------------------------------|-----------------------------------|
| 1. Erläuterungen zu Ziffer 19.1 | 6. Erläuterungen zu Ziffer 19.6   |
| 2. Erläuterungen zu Ziffer 19.2 | 7. Erläuterungen zu Ziffer 19.7   |
| 3. Erläuterungen zu Ziffer 19.3 | 8. Erläuterungen zu Ziffer 19.8   |
| 4. Erläuterungen zu Ziffer 19.4 | 9. Erläuterungen zu Ziffer 19.9   |
| 5. Erläuterungen zu Ziffer 19.5 | 10. Erläuterungen zu Ziffer 19.10 |

Ziffer 19 enthält die Schlussbestimmungen des Vertrages. Es handelt sich um allgemeine Regelungen wie etwa Erläuterungen der Vertrags-technik, Auslegungsprinzipien, allgemeine schuldrechtliche Prinzipien und Rechtswahl- und Gerichtsstands- bzw. Schiedsgerichts-Klausel. Die meisten dieser Schlussbestimmungen sind in Unternehmenskaufverträgen Standard und in den Verhandlungen in der Regel unstrittig. Anders mag dies möglicherweise für das Abtretungs- und Aufrechnungsverbot sowie für die Rechts- und Gerichtswahl sein.

#### 1. Erläuterungen zu Ziffer 19.1

Die Bestimmung stellt klar, dass die Anlagen Teil des Vertrages sind, aber im Fall eines Widerspruchs zwischen den Anlagen und dem eigentlichen Vertragstext dieser Vorrang hat.

#### 2. Erläuterungen zu Ziffer 19.2

Das SPA regelt die rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien im Bezug auf den Unternehmenskauf abschließend und ersetzt alle zwischen den Parteien vorher getroffenen Regelungen. Diese Klarstellung ist insbesondere deshalb wichtig, weil dem Abschluss des SPA häufig vorbereitende Vereinbarungen in Gestalt von Term Sheets, Letters of Intent, Heads of Agreement etc. vorangehen. Mit dem Abschluss des SPA werden sie hinfällig.

#### 3. Erläuterungen zu Ziffer 19.3

Die Schriftformklausel entspricht der auch sonst in Verträgen üblichen Regelung. Mit dem in Klammern gesetzten Passus soll versucht werden, eine mündliche Abdingbarkeit der Schriftformklausel aus-