

# Vertragsgestaltung

Vertragsrecht für die Wirtschaftspraxis FS 2018

Claude Lambert  
9. März 2018



## Teil 1

Umfeld der vertragsrechtlichen Beratung

## Are you ready for the future?

[www.youtube.com/watch?v=G04SRRnVask&feature=related](http://www.youtube.com/watch?v=G04SRRnVask&feature=related)

<https://www.nbcnews.com/video/beyond-the-letter-of-the-law-how-algorithms-are-changing-the-legal-world-1081104451671>

## Legal Process Outsourcing

Legal process outsourcing (LPO): re-locating, sub-contracting, off-shoring

- CPA Global, Integreon, Pangea3 (ThomsonReuters)

### Don't Waste Talent

When your highly skilled lawyers are free to focus on the big things, they can produce even greater results. But how do you clear their desks of all the little stuff? *That's where CPA Global can help.*

As a world leader in legal services outsourcing, we can do the important but time-consuming jobs like document and contract reviews, as well as research and transaction support, giving your legal team the freedom to excel.

#### Contract Solutions

- Contract Management and Review
- Contract Review
- Contract Production
- Contract Negotiation Support

#### IP Outsourcing

- Paralegal
- Patent Research
- Docketing
- Proofreading

#### Legal Research

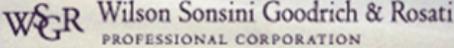
- Ongoing Reporting
- Customer Due Diligence
- Restricted Party Screening
- Litigation Support
- Bespoke Legal Research

#### Transaction Support Services Document Review

- Planning and Preparation
- Legal Due Diligence: Vendor
- Legal Due Diligence: Buyer
- Post Acquisition Review
- Full Document Review Management
- End to End Review
- Manual Review and Options

## IT-Tools – Beispiel Venture Capital Term Sheet

<http://www.wsgr.com/WSGR/Display.aspx?SectionName=practice/termsheet.htm>





 previous
 next

▼
Securities to be Issued

 finish
 check
 open
 save
 help

### Securities to be Issued

Note: You may need to scroll down to view all of the questions.

#### Preferred Stock

Series of preferred stock: \*

- A
- B
- C
- D
- E
- F
- Other

**You are required to answer this question before you can proceed with the questionnaire.**

If you select "Other", enter only the series designation (e.g., "A-1", "B-2"). You do not need to type "Series".

#### Warrants

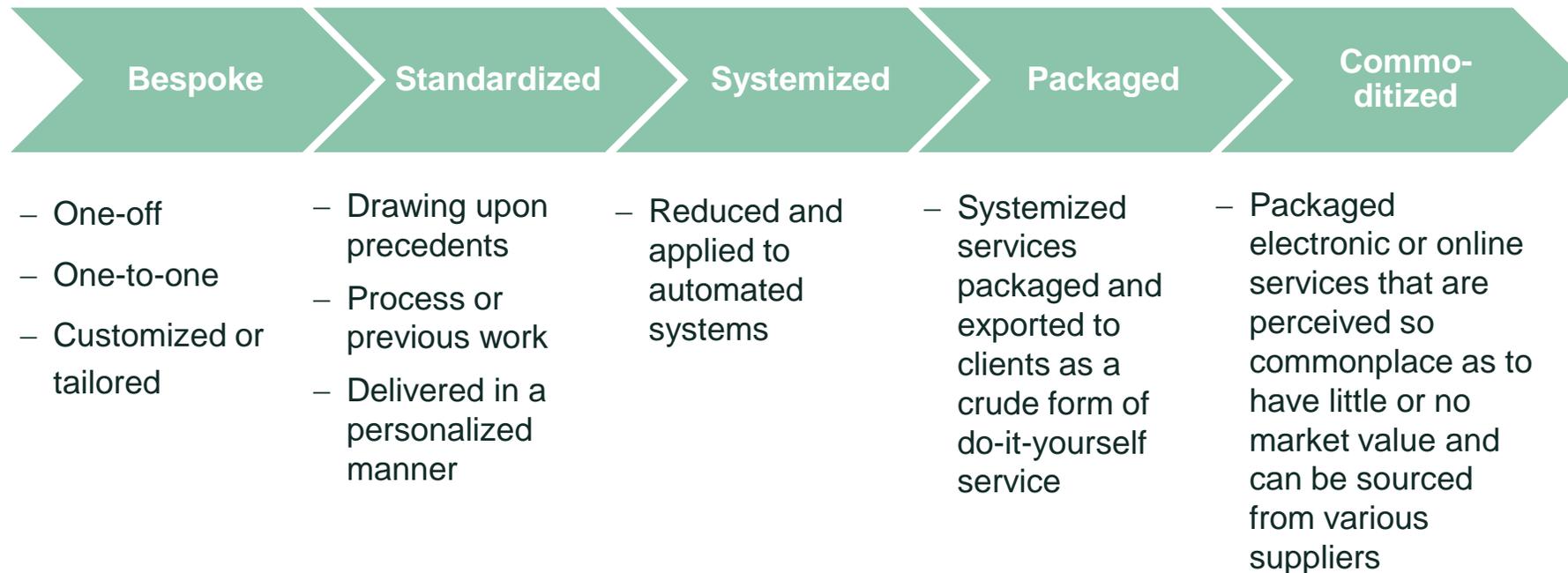
**If warrants are being issued in connection with a financing, it is important to consult with a tax attorney. In particular, the issuance of preferred stock and warrants as an investment unit may result in phantom dividend income to investors, and reporting and withholding obligations on the part of the company.**

Will the investor(s) be receiving warrants?  Yes  No

[Click here to show/hide explanatory notes](#)

## Ebenen der vertragsrechtlichen Beratung

(nach Richard Susskind: The End of Lawyers?: Rethinking the Nature of Legal Services)



## Teil 2

Neun Elemente eines Vertrags

## Acht Elemente des Vertrags (1|3)

### 1. Bezeichnung der Parteien

- Vorsicht im Konzern
- Solvenz der Parteien

**Empario Holdings S. à r. l.**  
19, Rue Eugène Ruppert, 2453 Luxembourg  
for and on behalf of itself and for and on behalf of certain of its Affiliates to  
be designated by Empario Holdings S. à r. l. to accede as a purchaser  
hereunder in accordance with Section 3.2  
(Empario Holdings S. à r. l. and each designee collectively the  
**Purchaser**)

### 2. Datum des Vertrags

- "dated May 1", "dated as of May 1"
- Vor- und Rückdatieren von Verträgen?
- Ort der Vertragsunterzeichnung

## Acht Elemente des Vertrags (2|3)

### 3. Präambel | Recitals

- Rechtlich nicht notwendig

### 4. Definitionen

- "Echte" Definition

**Materiality Condition** shall mean that Seller can transfer to Buyer control over assets (including assignment or grant to Buyer of all permits and licenses required for ownership or operation of such assets) that (i) represent at least 80 % percent of all assets (other than the Key Assets) reflected in the TE Statement of Relevant Net Assets and (ii) generate at least 80 % percent of the gross revenues of all assets (other than the Key Assets).

- Textdefinitionen

#### 3. **CONSIDERATION AND SHAREHOLDER DEBT REDEMPTION AMOUNT**

- 3.1 The consideration payable by the Buyer to the Sellers for the purchase of the Shares shall be CHF 1,000,000 (the "**Consideration**").

## Acht Elemente des Vertrags (3|3)

5. Materieller Inhalt des Vertrags
6. Boilerplate-Bestimmungen
7. Unterschriftenzeilen
  - Zeichnungsberechtigung prüfen
  - Paraphieren | "initials"
  - Öffentliche Urkunde
  - Unterschrift per E-Mail ?
8. Anhänge | Exhibits | Schedules | Appendices | Annexes
9. Anzahl Kopien
  - Typischerweise für jede Partei eine Kopie

Finanzierung  
12. erfolgt ein  
24 Monaten,  
jährlichen 10  
h: Absprache  
tzte Betrag im



The image shows three handwritten signatures or initials in black ink on a white background. The top signature is a large, stylized cursive mark. Below it are two smaller, more compact signatures or initials, one on the left and one on the right.

## Teil 3

Erstellen eines Vertrags und Mark-ups

## Erstellen des ersten Vertragsentwurfs (1|2)

- Vertragsentwurf ist i.d.R. erst sinnvoll, wenn eine grundsätzliche Einigung zwischen der Parteien besteht
  - Grundsätzliche Einigung in Term Sheet, Memorandum of Understanding (MoU), Heads of Terms und dergl.
  - Ausnahmen: Auktion
- Wer erstellt den 1. Entwurf ?
  - Tradition: Beim Unternehmenskauf der Käufer
  - Heute: In der Regel der Verkäufer
  - Im Finanzsektor: die Geldgeber
- "Battle for the first draft"
  - Nur, wenn man sicher gewinnt

## Erstellen des ersten Vertragsentwurfs (2|2)

- Vorteil des 1. Entwurfs
  - Vorgabe der Themen und Regeln
  - Kennen der Vertragsmechanik
  - "Anchor and adjustment"-Effekt vs. "never open first"-Regel (nicht für ersten Vertragsentwurf, aber für einzelne Punkte, wie Preis, Cap ect.)
  - Voraussetzung: Geschwindigkeit
- Aber: Entwickle keine starke Affektion für den 1. Entwurf

## Hinweise zum Drafting (1|3)

- Einseitige vs. vernünftige Entwürfe
  - Realistische Einschätzung der Verhandlungsposition und Alternativen der Parteien
  - "One off"-Transaktion vs. Beziehungen
- Ohne gegenteilige Instruktion: "be reasonable", aber am oberen Ende des vernünftigen Rahmens
  - Schnellerer Verhandlungsprozess
  - Grössere Wahrscheinlichkeit, dass unnötige Auseinandersetzungen während des Verhandlungsprozesses vermieden werden

## Hinweise zum Drafting (2|3)

- Klarheit und Konsistenz
  - Klare Formulierungen wählen, die auch für Dritte verständlich sind

### **14. TERM AND TERMINATION**

**14.1** This Agreement comes into effect as of 01.01.2017 and will continue for a period of three years. After the initial three years' period, this Agreement may be terminated by either party by notice given in writing by registered mail with return receipt or special courier, not less than twelve months in advance.

- Gleiche Dinge immer gleich benennen ("to the best of Seller's knowledge" vs. "as far as Seller is aware")
- Standard-Formulierungen und –Definitionen übernehmen (z.B. "exclusive" and "sole license")

## Hinweise zum Drafting (3|3)

- Kein unüberlegtes Übernehmen von Vorlagen

all Confidential Information (including all copies held by or on behalf of the Bidder Group) will forthwith be returned to us upon receipt by you of written notice from ourselves and you will destroy all copies of any analyses, compilations, studies or other documents prepared by the Bidder Group containing or reflecting or generated from any Confidential Information and expunge and destroy any Confidential Information from any computer, word processor or other device in the Bidder Group's possession or custody or control containing such information and certify to us that all such information has been returned, expunged or destroyed;

### POWER OF ATTORNEY

KNOWN ALL MEN BY THESE PRESENTS that the undersigned

## Erstellen eines Mark-up (1|2)

- Überblick über die wichtigen Differenzen verschaffen und Optionen aufzeigen (Negotiation Papers)
  - Spreu vom Weizen trennen
  - Keine rein stilistischen Änderungen
- Aushalte-Strategien vs. schneller Rückzug
  - Unwichtige Punkte schnell konzedieren ("big moves on small points, small moves on big points")
  - Aber: Punkte, die für eine Partei unwichtig, die andere aber zentral sind
  - Konzessionsstrategie:
    - Hoch anfangen, nicht bewegen
    - Vernünftig anfangen, aushalten
    - Hoch anfangen, langsam bewegen
  - Konzessionsstrategie bereits beim 1. Entwurf entwickeln

## Erstellen eines Mark-up (2|2)

- Kontrolle
  - Zeigt der Mark-up der Gegenseite tatsächlich alle Änderungen an?
  - Immer prüfen!
  - Wenn möglich, immer auf dem eigenen Entwurf weiter arbeiten
- Keine Änderungen, die nicht im "Redline" hervorgehoben sind
- Vertragsverhandlungen sind kein Wettbewerb
  - Rolle des Anwalts: Mithilfe, um ein sinnvolles Ergebnis zu finden
  - Ohne Konsens kein Vertrag

The image shows a document with redline markings (dashed lines) and a side panel displaying formatting rules. The document text includes:

~~d warranties of the Seller in  
y shall be true and correct, and  
reet in all material respects;  
presentations and warranties shall  
sition of this condition if such  
result or are reasonably likely to  
or the Group that in the aggregate~~

~~roup performed and complied with  
(Financing), and not have  
Leakage) and 6.1 (b) (Conduct of  
b) shall only be deemed to  
as, individually or in the  
to Purchaser, its Affiliates or the~~

~~rchaser's Debt Financing  
r the suspension is voluntary or  
ship, being unable to or admitting  
atorium or other agreement with  
or regulatory regime by reason of  
tion, or it becoming illegal for any  
nitments, the Closing shall be  
ing the date determined pursuant  
id Date"). Until the Refinancing  
cially reasonable efforts to enter  
der that has suspended or is  
ebt Financing Commitments (the  
at Purchaser shall not be required  
ot on substantially the same  
ancing Commitments, and~~

~~of the lending banks' ability to  
ior to the Closing, each Party shall  
if any fact or matter that~~

The side panel shows the following formatting rules:

- Formatiert: Überschrift 3;Level 1 - 2;h3;C Sub-Sub/Italich3 sub heading/Head 31;Head 32;C Sub-Sub/Italich3 sub heading1;H3;3m;Level 1 - 1;GPH Heading 3;Sub-section;H31;(Alt+3);3;Sub2Para
- Formatiert: Unterstrichen
- Formatiert: Schriftart: Kursiv
- Formatiert: Englisch (Großbritannien)
- Formatiert: Überschrift 3;Level 1 - 2;h3;C Sub-Sub/Italich3 sub heading/Head 31;Head 32;C Sub-Sub/Italich3 sub heading1;H3;3m;Level 1 - 1;GPH Heading 3;Sub-section;H31;(Alt+3);3;Sub2Para, Einzug: Links: 0 cm, Tabstops: Nicht an 5,52 cm
- Formatiert: Unterstrichen
- Formatiert: Unterstrichen
- Formatiert: Unterstrichen
- Formatiert: Englisch (Großbritannien)

## Teil 4

Boilerplate Bestimmungen

## Boilerplate Bestimmungen Notification Clause (1|2)

All notices or other communications to be given under or in connection with the Agreement shall be made in writing and in English, and shall be delivered by hand, by registered mail (return receipt requested), by an internationally recognized courier or by telefax to the following addresses:

- Rechtsfolgewillen (tatsächlich oder vertrauensrechtlich)
- Empfangsbedürftigkeit
- Form der Zustellung
  - OR: Formfreiheit (Art. 11)
- Empfänger von Erklärungen
- Sprache der Zustellung

## Boilerplate Bestimmungen Notification Clause (2|2)

- Wirksamkeit von Willenserklärungen:
  - Bei Empfang der Mitteilung (Zugangsprinzip)
    - OR: in den Machtbereich des Empfängers (bei mittelbaren Erklärungen)
    - BGB: "gelten als zugegangen, wenn die Parteien, für die sie bestimmt sind, sie unter gewöhnlichen Umständen abrufen können"
    - Beispiel aus Vertrag:
      - "The Call Option Notice must be served within 30 days following ..."
  - Bei Absendung
    - Empfang nach Ablauf der Frist
    - Kein effektiver Empfang
- Zustellung während Geschäftszeit (bei Zugangsprinzip)
- Fehler bei der Zustellung: Unwirksamkeit der Erklärung?

## Boilerplate Bestimmungen Amendments (1|2)

This Agreement may only be modified or amended by a document signed by all parties. Any provision contained in this Agreement may only be waived by a document signed by the party waiving such provision.

- Strukturiertes Verfahren für Vertragsänderungen und -ergänzungen
- Formvorbehalt i.S. von Art. 16 OR
  - Vermutung, dass keine Verpflichtung vor Erfüllung der Form
  - Vermutung kann widerlegt werden durch Beweis, dass Parteien sich geeinigt haben
    - "Der im Lizenzvertrag vorgesehene Schriftlichkeitsvorbehalt steht der Annahme einer entsprechenden Vertragsänderung nicht von vornherein entgegen, kann doch namentlich auch durch konkludentes Verhalten nachträglich auf die vorbehaltene Form verzichtet werden" (BGE 125 III 268)

## Boilerplate Bestimmungen Amendments (2|2)

- Schriftliche Vereinbarung, dass Änderung der Amendment Clause ohne Einhaltung der Form nicht gültig ist?

"This clause may only be amended by a written agreement duly executed by the parties."

- WKR Abs. 29 Abs. 2:
  - "Enthält ein schriftlicher Vertrag eine Bestimmung, wonach jede Änderung oder Aufhebung durch Vereinbarung schriftlich zu erfolgen hat, so darf er nicht auf andere Weise geändert oder aufgehoben werden. ..."
- Praktische Aspekte:
  - Einseitige schriftliche Erklärung nur derjenigen Partei, die verpflichtet wird (Art. 13 OR)
  - Formelles Amendment

## Boilerplate Bestimmungen Applicable Law (1|2)

This Agreement shall be governed by, and construed in accordance with, the substantive laws of Switzerland, with the exclusion of the Vienna Convention on the International Sale of Goods dated April 11, 1980.

- Rechtswahl
  - Von den Parteien frei wählbar (Art. 116 IPRG)
    - IPRG gilt nur, wenn schweizerische Zuständigkeit
    - Vorsicht, wenn Sitz des Schiedsgerichts im Ausland (lex arbitri)
    - Keine Rechtswahl bei reinen Inlandverträgen
  - Wahl muss ausdrücklich sein oder sich eindeutig aus Umständen ergeben
  - Kriterien für Rechtswahl von den konkreten Umständen abhängig, z.B.:
    - In Common Law Rechtsordnungen kein Recht auf Realvollstreckung (im Ermessen des Gerichts)
    - Kein Äquivalent zu ZGB 2 im englischen Recht; OR 404
    - Spielraum, um Position zu optimieren

## Boilerplate Bestimmungen Applicable Law (2|2)

- "Pathologische" Rechtswahlklauseln

This Agreement shall be governed by Swiss or American Law.

- "Floating choice of law" je nach Zuständigkeit
- Parteispezifische Rechtswahl
- Kumulative Rechtswahl
- Wiener Kaufrecht
  - Gilt bei "Asset deals", nicht aber bei "Share deals", wenn "Schweizer Recht" gewählt wird
  - Wird meist ausgeschlossen:
    - Ist käuferfreundlich
    - Wenig bekannt bei Juristen
    - Auf den internationalen Warenhandel zugeschnitten
    - Unter Ausschluss des IPR ("...to the exclusion of Swiss Private Constitutional Law")
      - In der Schweiz Sachnormverweis (IPRG 13)

## Boilerplate Bestimmungen Dispute Resolution (1|5)

- Verfahren zur Streiterledigung:
  - Staatliches Gericht

All disputes arising out of or in connection with this agreement, including disputes on its conclusion, binding effect, amendment and termination, shall be resolved exclusively by the Courts of the Canton of Zurich, venue being Zurich 1.

- Ablehnungsmöglichkeiten nach IPRG 5 (nicht: falls eine Partei Sitz in der Schweiz hat oder Schweizer Recht gilt)
- Keine Ablehnungsmöglichkeiten nach LugUe 23 und ZPO 17

## Boilerplate Bestimmungen Dispute Resolution (2|5)

- Schiedsgericht

All disputes arising out of or in connection with this Agreement, including disputes on its conclusion, binding effect, amendment and termination, shall be resolved, to the exclusion of the ordinary courts, by arbitration in accordance with the Swiss Rules of International Arbitration of the Swiss Chambers of Commerce in force on the date when the notice of arbitration is submitted in accordance with these Rules. The number of arbitrators shall be three. The seat of the arbitration shall be in Zurich. The arbitral proceedings shall be conducted in English.

- Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit (Swiss Rules, ICC, etc.)
- Ad hoc-Schiedsgerichtsbarkeit

## Boilerplate Bestimmungen Dispute Resolution (3|5)

- Kriterien für Wahl:
  - Prognose über Verfahrensstellung: Kläger oder Beklagte?
  - Vertraulichkeit
    - Bei staatlichen Gerichten nicht gewahrt
  - Kosten
    - Gerichtskosten meist tiefer
    - Tendenziell voller Kostenersatz bei Schiedsgericht
  - Sprache
    - Sprache des staatlichen Gerichts (nicht Englisch in der Schweiz)
    - Übersetzung der Beilagen

## Boilerplate Bestimmungen Dispute Resolution (4|5)

- *Fortsetzung* Kriterien für Wahl:
  - Verfahrensregeln
    - bei staatlichen Gerichten teils rigide (kann ein Vorteil sein)
    - Schiedsgerichte meist flexibler
    - Betreuung der Zeugen
  - Geschwindigkeit
    - Je nach staatlichem Gericht und Instanzenzug
    - Gegenläufige Anreize bei staatlichen Richtern und Schiedsrichtern
  - Vollstreckbarkeit
    - New Yorker Konvention
  - Anfechtung
    - bei Schiedsgerichten eingeschränkt (IPRG 190)
    - Instanzenzug bei staatlichen Gerichten bis ans Bundesgericht

## Boilerplate Bestimmungen Dispute Resolution (5|5)

- Keine pathologische Gerichtsstandsklauseln

"All disputes arising out of or in connection with this Agreement, including disputes on its conclusion, binding effect, amendment and termination shall be resolved, to the exclusion of the ordinary courts by the Commercial Court of the Canton of Zurich as an arbitration court in accordance with the Swiss Rules of International Arbitration of the Swiss Chambers of Commerce..."

## Danke für Ihre Aufmerksamkeit

Dr. iur. Claude Lambert

Claude.lambert@homburger.ch

T +41 43 222 10 00