



Homburger

# Vertragsgestaltung, Finanzierung, Darlehensvertrag

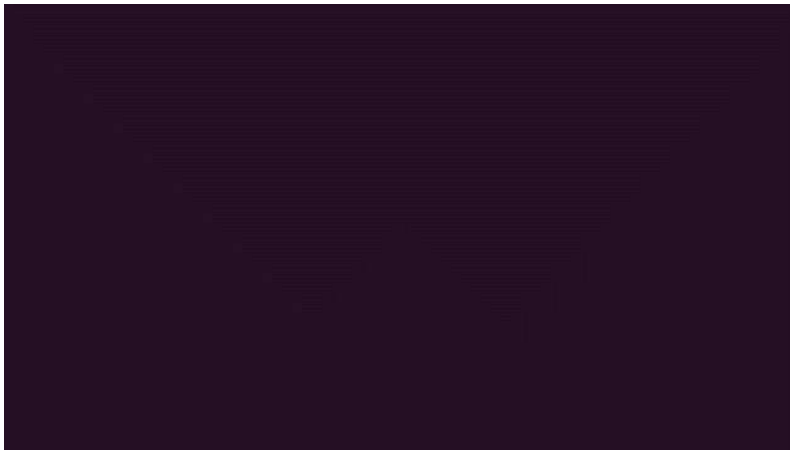
Vertragsrecht für die Wirtschaftspraxis FS 2020

Daniel Häusermann  
13. März 2020

**Homburger**

**Are you ready for the future?**

# Homburger

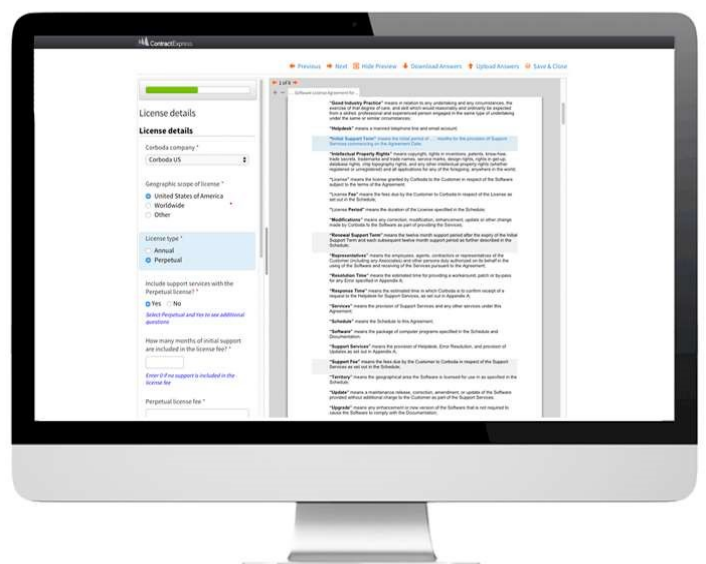


## Legal Tech in der Schweiz



## Automatisierung der Erstellung von Verträgen

- "What is document automation?  
*Put simply, it's where a computer system builds the content of a document rather than a human."*
- Software unterstützt bei der Vertragsredaktion  
→ Qualitäts- und Effizienzsteigerung, mehr Zeit für Beratung
- Anbieter: z.B. ContractExpress (Thomson Reuters), Exari, HotDocs, DocEngine
- Zukunft: Erstellung, Verhandlung, Unterzeichnung und Abspeicherung von Verträgen auf einer Plattform



<http://www.contractexpress.com/what-is-document-automation/>

## Web-Applikationen

- Online-Sammlung von automatisierten rechtlichen Dokumenten und Vorlagen
- Anbieter: z.B. PwC, Approovd



The screenshot shows the Approovd website. The header is dark blue with the 'Approovd' logo on the left and navigation links (Deutsch, FAQ, Services, Preise, Über uns, Kontaktieren Sie uns, Anmelden, and a red 'Loslegen' button) on the right. The main content area features a top-down view of a person's hands typing on a laptop keyboard. To the right of the image, the text reads 'Mit Leichtigkeit Verträge erstellen'. Below this, there are three green checkmarks with corresponding text: 'Dank Software Qualität und Effizienz steigern', 'Verträge durch unabhängige Anwaltskanzleien geprüft', and 'Ab CHF 9,-/Dokument'. At the bottom of the main content, there is a red button that says 'Jetzt kostenlos erstellen' and a small logo for 'DIGITAL SCHWEIZ'.

<https://www.approovd.com/de-ch/>

**Teil 1: Vertragsgestaltung**

## Lernziele Teil 1

Sie kennen:

- die Phasen der Vertragsgestaltung
- die Struktur eines Vertrags
- ausgewählte Ziele sowie praktische Aspekte der Vertragsgestaltung.



## Agenda Teil 1

1. Phasen der Vertragsgestaltung
2. Vertragsentwurf
  - Aufbau eines Vertrags
  - Vertragsgestaltung und objektives Recht
  - Kosten und Steuern
  - Erfüllungsplanung und Störfallvorsorge
  - Konfliktvermeidung und Konfliktlösung
3. Vertragsverhandlungen
4. Lernkontrolle



## Phasen der Vertragsgestaltung



## Informationsbeschaffung

- (Allgemeine und konkrete) Ziele und Interessen des Klienten
- Interessen der Parteien
  - Grundsätzlich gegenläufige Interessen
  - Teilweise gemeinsame Interessen (inwiefern?)
  - Interessen der Gegenpartei abschätzen (wie?)
- Identifikation der Risiken
- Einstellung, Ansichten, soziale Stellung des Klienten
  - hohe Bedeutung im Familien- oder Erbrecht
  - Familienunternehmen
  - *Corporate social responsibility (CSR), sustainability*
  - Risikoneigung

## Agenda Teil 1

1. Phasen der Vertragsgestaltung
2. Vertragsentwurf
  - Aufbau eines Vertrags
  - Vertragsgestaltung und objektives Recht
  - Kosten und Steuern
  - Erfüllungsplanung und Störfallvorsorge
  - Konfliktvermeidung und Konfliktlösung
3. Vertragsverhandlungen
4. Lernkontrolle



## Vertragsentwurf

- I.d.R. erst sinnvoll nach grundsätzlicher Einigung der Parteien (Term Sheet, Memorandum of Understanding, etc.)
- Vorlagen
  - Muster aus veröffentlichten Musterverträgen?
  - Alter Vertrag?
  - Ausländische Standardverträge?
- Wer darf ersten Entwurf verfassen?
- Einseitiger oder ausgeglichener Entwurf?
  - Beziehung zwischen den Parteien
  - Einmal- oder Dauerschuldverhältnis
  - Dauer der Verhandlungen
- Klare oder schwammige Formulierungen?



## Formeller Aufbau des Vertrags

- Überschrift/ Vertragstyp
- Bezeichnung der Parteien
- Datum des Vertrags
- Präambel
- (Definitionen)
- Hauptteil (siehe nächste Folie)
- "Boilerplate"-Bestimmungen
  - Z.B. Schriftformklausel, salvatorische Klausel, Notifikationsklausel
  - Abtretung/ Vertragsübergang
  - Rechtswahl
  - Schieds- und Gerichtsstandsklausel
- Unterschriftenseite
- Anhänge

## Hauptteil des Vertrags

1. Hauptleistung(en)
    - Inkl. Erfüllungsmodalitäten
  2. Gegenleistung(en)
    - Inkl. Erfüllungsmodalitäten
  3. Vollzugsbedingungen
  4. Vollzug
  5. Abreden betr. Leistungsstörung/  
Vertragsverletzung
    - Zusicherungen/Garantien
    - Rechtsfolgen bei Verletzung
1. Vertragliche Nebenpflichten
    - Pflichten finanzieller Natur  
(insb. Schadloshaltung)
    - Handlungspflichten
    - Unterlassungspflichten
    - Duldungspflichten
  2. Vertragsdauer/-beendigung
    - Inkl. Pflichten bei Beendigung

## Vertragsgestaltung und objektives Recht

- Ausgangspunkt: dispositives Recht
- Grenze: zwingendes Recht
- Kreative Vertragsgestaltung vs. Rechtsumgehung (Art. 2 Abs. 2 ZGB)
  - verpöntes Ziel vs. verpönter Weg
  - konkrete Umstände
  - Auslegung von gesetzlichen Vorschriften
  - Art. 18 OR
- Hypothetische Rechtsanwendung
- Auseinandersetzung mit zukünftigen Umständen und beeinflussbaren Begebenheiten, Möglichkeit zur Schaffung neuer Fakten oder Rechtskonstruktionen

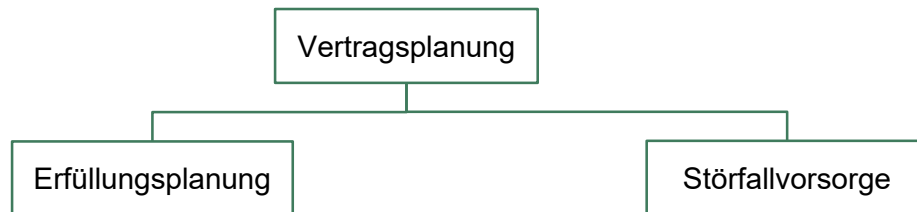




## Kosten und Steuern

- Vermeidung unnötiger Steuerfolgen einer Transaktion
- Transaktion zwecks Steuerersparnis
- Frühzeitiger Beizug eines Steuerrechtsspezialisten
- Sonstige Kosten einer Transaktion
  - Transaktionskosten i.e.S.
  - Indirekte Kosten (z.B. Absorption des Management, Abgänge von Mitarbeitern)

## Erfüllungsplan und Störfallvorsorge



"alles läuft nach Plan"

Verwirklichung von Risiken



**Risiken: Reaktionsmöglichkeiten**



## Verhaltensrisiken der Gegenpartei: Agency-Problem

- Prinzipal beauftragt Agenten.
- Agent hat Handlungsspielraum, Handlungen schlecht zu überwachen.
- Agent kann sich opportunistisch verhalten,
  - ... von mangelndem Einsatz (US-Immobilienmakler lösen 3,7% mehr, wenn sie eigenes Haus verkaufen, Levitt & Syverson, 2008)
  - ... bis hin zu kriminellen Handlungen (z.B. Veruntreuung).

## Erweiterung: Informationsökonomie

	nach Vertragsschluss	vor Vertragsschluss
Probleme wegen Informationsasymmetrie	Verborgene Absicht ( <i>hidden intention</i> ), Moral Hazard	Verborgene Eigenschaften ( <i>hidden characteristics</i> )
Gegenmassnahmen der uninformierten Partei	Überwachung ( <i>monitoring</i> )	Screening
Gegenmassnahmen der informierten Partei	Beziehungspflege ( <i>bonding</i> )	Signaling

## Konfliktvermeidung und Durchsetzbarkeit

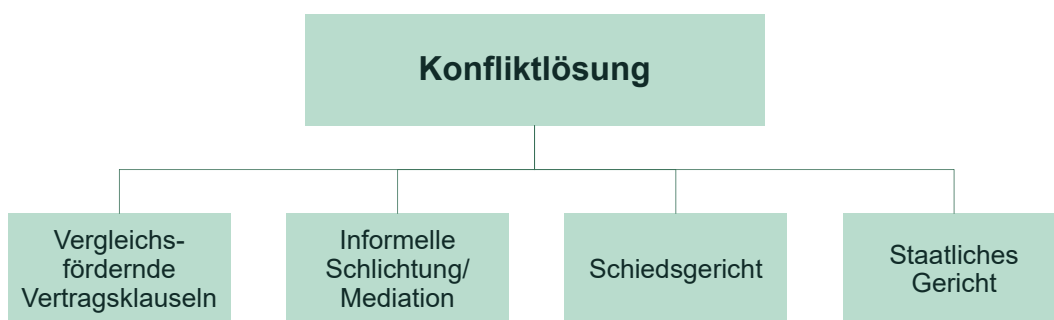


☞ *Wie kann man die Kosten des Vertragsbruchs erhöhen?*

Weitere mögliche Konfliktursachen:

- Unterschiedliches Verständnis des Vertragsinhalts
- Vertragslücken
- Ungleichgewicht des Vertragsnutzens (bei Vertragsschluss oder nachher)
- Machtpolitische und zwischenmenschliche Aspekte

## Konfliktlösung



## Gerichtsstand- oder Schiedsklauseln

### Gerichtsstandsklauseln

- Form: Schriftform oder eine andere Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht
- Beispiel: "*Ausschliesslicher Gerichtsstand für sämtliche Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag (oder späteren Änderungen desselben) ist die Stadt Zürich, Schweiz.*"
- Schranken des LugÜ + IPRG beachten

### Schiedsklauseln

- Folge: Fall wird der staatlichen Gerichtsbarkeit entzogen
- Nationale Schiedsgerichtsbarkeit: Art. 353 ff. ZPO
- Internationale Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz: 12. Kapitel des IPRG



## **(Internationale) Schiedsgerichtsbarkeit**

### Pro

- Wahl des eigenen Schiedsrichters
- Fachkompetenz des Schiedsgerichts
- Flexibilität des Verfahrens
- Herrschaft der Parteien über das Verfahren
- Vertraulichkeit

### Kontra

- Kosten
- z.T. Dauer
- stark eingeschränkte Rechtsmittel

## Agenda Teil 1

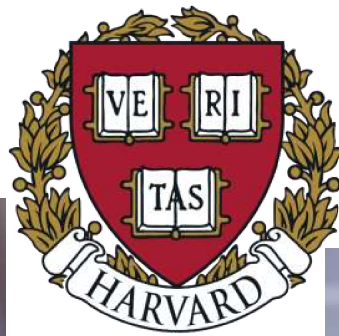
1. Phasen der Vertragsgestaltung
2. Vertragsentwurf
  - Aufbau eines Vertrags
  - Vertragsgestaltung und objektives Recht
  - Kosten und Steuern
  - Erfüllungsplanung und Störfallvorsorge
  - Konfliktvermeidung und Konfliktlösung
3. Vertragsverhandlungen
4. Lernkontrolle



## Vertragsverhandlungen (1|2)

- Verhandlungsmacht der Parteien
- Marktstellung
- Wettbewerbssituation
- Bedeutung des Vertrags
- Bedeutung der gegenseitigen Beziehungen  
(einmalige Transaktion – enge Geschäftsbeziehung)
- Vertragsjurist als Mittler (z.B. Notar) oder als Interessenvertreter

Vertragsverhandlungen (2|2)



## Erstellen eines sog. Mark-up

- Kontrolle
  - Zeigt der Mark-up der Gegenseite tatsächlich alle Änderungen an?
  - Immer prüfen!
  - Wenn möglich, immer auf dem eigenen Entwurf weiter arbeiten
- Überblick über die wichtigen Differenzen verschaffen
  - Issue List
    - Bisherige Positionen der Parteien
    - Verhandlungsposition für nächste Runde
- Keine rein stilistischen Änderungen
- Vertragsverhandlungen sind kein Wettbewerb: ohne Konsens kein Vertrag

The screenshot shows a document with several redlines indicating changes. A sidebar on the right lists the corresponding formatting rules for each change:

- Redline 1:** ~~...d-warranties of the Seller in ...y shall be true and correct, and ...rest in all material respects; ...representations and warranties shall ...action of this condition if such ...result or are reasonably likely to ...or the Group that in the aggregate~~  
 - **Formatiert:** Überschrift 3/Level 1 - 2/n3/C Sub-Sub/Italic/n3 sub heading/Head 3/Head 32/C Sub-Sub/Italic/n3 sub heading/1/n3/3m/Level 1 - 1/GPH Heading 3/Sub-section/H31/(Alt+3)/3/Sub2Para  
 - **Formatiert:** Unterstrichen  
 - **Formatiert:** Schriftart: Kursiv
- Redline 2:** ~~...oup 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~~  
 - **Formatiert:** Englisch (Großbritannien)  
 - **Formatiert:** Überschrift 3/Level 1 - 2/n3/C Sub-Sub/Italic/n3 sub heading/Head 3/Head 32/C Sub-Sub/Italic/n3 sub heading/1/n3/3m/Level 1 - 1/GPH Heading 3/Sub-section/H31/(Alt+3)/3/Sub2Para, Einzug: Unli: 0 cm, Tabstops: Nicht an 5.52 cm
- Redline 3:** ~~...rchaser's Debt Financing ...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 ...ntments, the Closing shall be ...ing the date determined pursuant ...d 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 ...on substantially the same ...ancing Commitments, and~~  
 - **Formatiert:** Unterstrichen  
 - **Formatiert:** Unterstrichen  
 - **Formatiert:** Unterstrichen
- Redline 4:** ~~...of the lending banks' ability to ...ior to the Closing, each Party shall ...f any fact or matter that~~  
 - **Formatiert:** Englisch (Großbritannien)

## Agenda Teil 1

1. Phasen der Vertragsgestaltung
2. Vertragsentwurf
  - Aufbau eines Vertrags
  - Vertragsgestaltung und objektives Recht
  - Kosten und Steuern
  - Erfüllungsplanung und Störfallvorsorge
  - Konfliktvermeidung und Konfliktlösung
3. Vertragsverhandlungen
4. Lernkontrolle



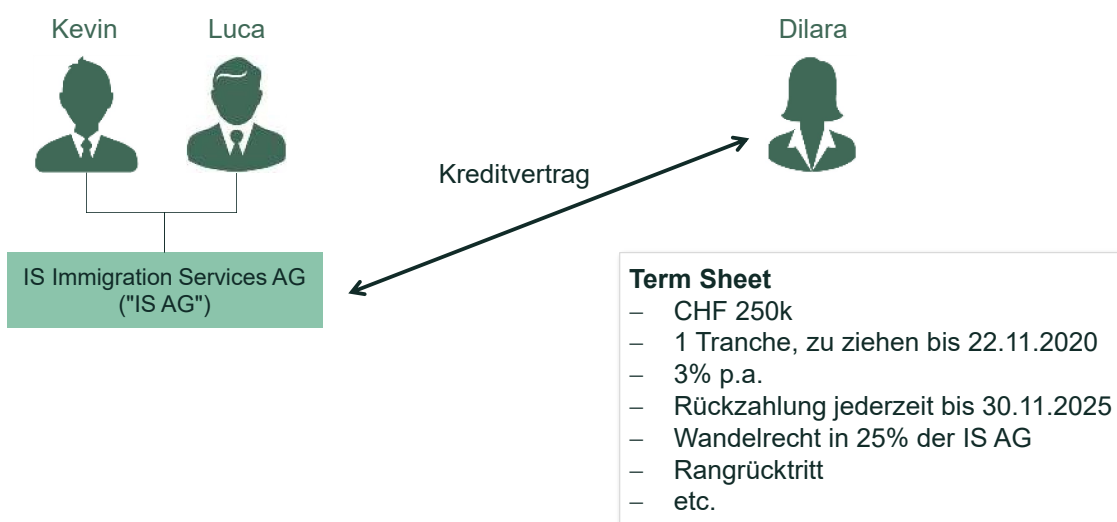
## Lernkontrolle Teil 1

Was nehmen Sie aus diesem Teil 1 mit?

## Teil 2: Finanzierung | Darlehensvertrag



## Ausgangsbeispiel (Sachverhalt Hausarbeit I)



## Lernziele Teil 2

- Sie kennen grundlegende Möglichkeiten der Unternehmensfinanzierung und deren wichtigste Eigenschaften.
- Sie kennen Struktur und typische Inhalte von Darlehensverträgen
  - inkl. Wandelung in Aktien
  - inkl. Rangrücktritt.

## Agenda Teil 2

1. Finanzierungsarten
2. Darlehensverträge
  - Wandelung
  - Rangrücktritt
3. Lernkontrolle

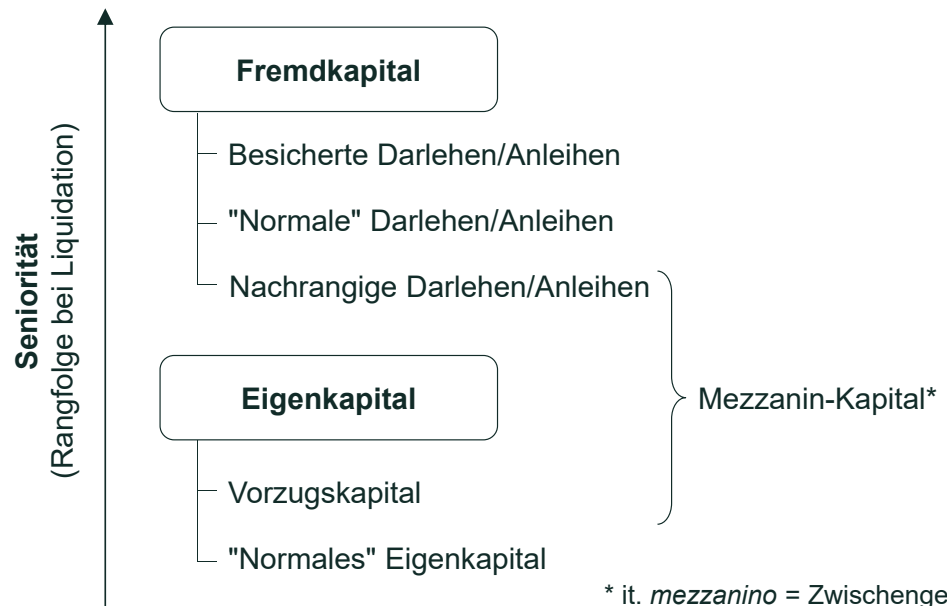


### "Die Gesellschaft als Kapitalpumpe"



Eugen Schmalenbach (1873-1955),  
einer der Väter der modernen BWL

## Finanzierungsarten



## Was erhält der Investor?

	bei zahlungs- fähigem Schuldner	bei Liquidation	Mitsprache
<b>Fremdkapital</b>			
Besichertes FK	Zins	Sicherheit	praktisch nie
Normales FK	Zins oder Gewinnanteil	3.-Klass-Forderung	vertragliche Restriktionen ( <i>covenants</i> )
Nachrangiges FK	Zins oder Gewinnanteil	≥4.-Klass-Forderung	vertragliche Restriktionen ( <i>covenants</i> )
<b>Eigenkapital (AG)</b>			
Vorzugskapital	Zins oder (Vorzugs-)Dividende	evtl. Liquidations- vorrecht	Aktien: ja PS: nein
Sonstiges Eigenkapital	Dividende	DLbdH	Aktien: ja PS: nein

## Agenda Teil 2

1. Finanzierungsarten
2. Darlehensverträge
  - Wandelung
  - Rangrücktritt
3. Lernkontrolle



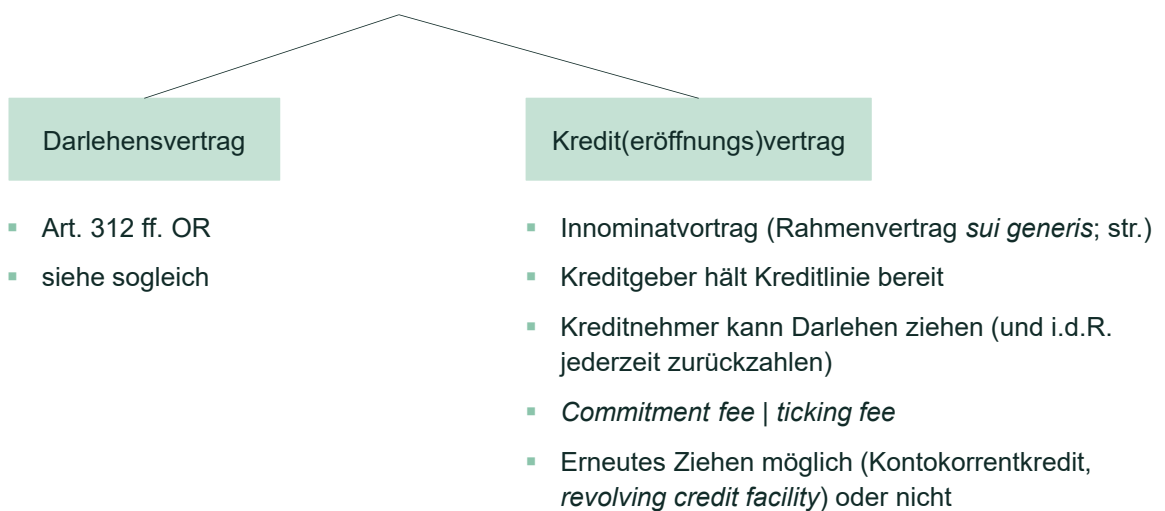
## Zweiter Abschnitt: Das Darlehen

A. Begriff	<p><b>Art. 312</b></p> <p>Durch den Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darleiher zur Übertragung des Eigentums an einer Summe Geldes oder an andern vertretbaren Sachen, der Borger dagegen zur Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte.</p>
B. Wirkung 1. Zinse 1. Verzinslichkeit	<p><b>Art. 313</b></p> <p><sup>1</sup> Das Darlehen ist im gewöhnlichen Verkehre nur dann verzinslich, wenn Zinse verabredet sind.</p> <p><sup>2</sup> Im kaufmännischen Verkehre sind auch ohne Verabredung Zinse zu bezahlen.</p>
2. Zinsvorschriften	<p><b>Art. 314</b></p> <p><sup>1</sup> Wenn der Vertrag die Höhe des Zinsfusses nicht bestimmt, so ist derjenige Zinsfuss zu vermuten, der zurzeit und am Orte des Darlehensempfanges für die betreffende Art von Darlehen üblich war.</p> <p><sup>2</sup> Mangels anderer Abrede sind versprochene Zinse als Jahreszinse zu entrichten.</p> <p><sup>3</sup> Die vorherige Übereinkunft, dass die Zinse zum Kapital geschlagen und mit diesem weiter verzinst werden sollen, ist ungültig unter Vorbehalt von kaufmännischen Zinsberechnungen im Kontokorrent und ähnlichen Geschäftsformen, bei denen die Berechnung von Zinseszinsen üblich ist, wie namentlich bei Sparkassen.</p>



II. Verjährung des Anspruchs auf Aushändigung und Annahme	<p><b>Art. 315</b></p> <p>Der Anspruch des Borgers auf Aushändigung und der Anspruch des Darleihers auf Annahme des Darlehens verjähren in sechs Monaten vom Eintritte des Verzuges an gerechnet.</p>
III. Zahlungsunfähigkeit des Borgers	<p><b>Art. 316</b></p> <p><sup>1</sup> Der Darleiher kann die Aushändigung des Darlehens verweigern, wenn der Borger seit dem Vertragsabschlusse zahlungsunfähig geworden ist.</p> <p><sup>2</sup> Diese Befugnis steht dem Darleiher auch dann zu, wenn die Zahlungsunfähigkeit schon vor Abschluss des Vertrages eingetreten, ihm aber erst nachher bekannt geworden ist.</p>
C. Hingabe an Geldes Statt	<p><b>Art. 317</b></p> <p><sup>1</sup> Sind dem Borger statt der verabredeten Geldsumme Wertpapiere oder Waren gegeben worden, so gilt als Darlehenssumme der Kurswert oder der Marktpreis, den diese Papiere oder Waren zurzeit und am Orte der Hingabe hatten.</p> <p><sup>2</sup> Eine entgegenstehende Übereinkunft ist nichtig.</p>
D. Zeit der Rückzahlung	<p><b>Art. 318</b></p> <p>Ein Darlehen, für dessen Rückzahlung weder ein bestimmter Termin noch eine Kündigungsfrist noch der Verfall auf beliebige Aufforderung hin vereinbart wurde, ist innerhalb sechs Wochen von der ersten Aufforderung an zurückzubezahlen.</p>

## Darlehen und Kredit



## Darlehensvertrag Typischer Inhalt

- Hauptleistung: Darlehenssumme | Darlehenszweck
- Gegenleistung: Zins (Zinssatz, Zahlungstermine u.a.)
- Auszahlung Darlehenssumme
  - Ggf. Bedingungen für die Auszahlung
- Sicherheiten
  - Realsicherheiten
    - Faustpfand | Grundpfand
    - Sicherungsübereignung | -zession
  - Personalsicherheiten
    - Garantie | Bürgschaft
    - Schuldbeitritt
- Dauer
  - befristet | unbefristet
  - Rückzahlung | Amortisation
- Verpflichtungen
  - Positiv
  - Negativ
  - Information
  - Finanziell
- Zusicherungen
- Verzugsfälle (*events of default*)
- Allgemeine Bestimmungen

☞ *Wie und wo kann man die in Teil 1 identifizierten Risiken adressieren?*

## Wandlung eines Darlehens Allgemeines



Wandelrecht (Option)



Wandelpflicht (Termingeschäft)



Aktionärsrechte  
nach Wandelung



Tieferer Zins

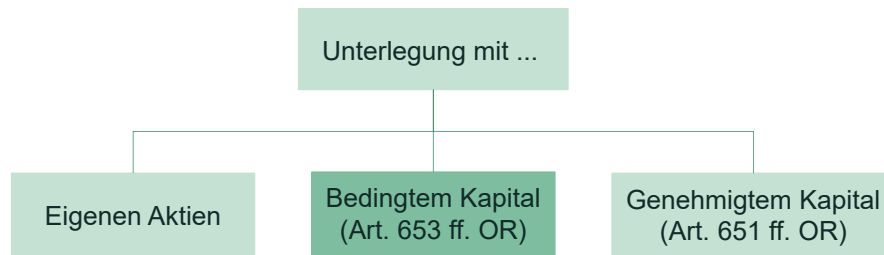


Wandelfrist | -termin



U.U. Todesspirale  
für Schuldner

## Wandlung eines Darlehens Aktienrechtliche Aspekte



- max. 50% des Aktienkapitals (Art. 653a Abs. 1 OR)
- Vorwegzeichnungsrecht (Art. 653c OR)
- Automatische Schaffung der Aktien (Art. 653 Abs. 2 OR)  
→ Konsequenz für Handelsregistereintrag?

### Art. 653<sup>e335</sup>

<sup>1</sup> Wandel- oder Optionsrechte werden durch eine schriftliche Erklärung ausgeübt, die auf die Statutenbestimmung über die bedingte Kapitalerhöhung hinweist; verlangt das Gesetz einen Emissionsprospekt, so nimmt die Erklärung auch auf diesen Bezug.

<sup>2</sup> Die Leistung der Einlage durch Geld oder Verrechnung muss bei einem Bankinstitut erfolgen, das dem Bankengesetz vom 8. November 1934<sup>336</sup> unterstellt ist.

## Rangrücktritt

### "Einfacher" Rangrücktritt

- Art. 219 SchKG (3 Gläubigerklassen)
- Rechtsfigur: Vertrag zugunsten Dritter
- Inhalt: Befriedigung der Forderung bei Insolvenz oder Liquidation des Schuldners erst, wenn alle anderen Gläubiger befriedigt wurden
- Vor Insolvenz | Liquidation ist Einforderung | Tilgung möglich

### "Qualifizierter" Rangrücktritt i.S.v. Art. 725 Abs. 2 OR

<sup>2</sup> Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorgelegt werden.<sup>491</sup> Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungsnach zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten.

- (Mindestens) im Ausmass der Unterdeckung
- Stundung
  - der Kapitalforderung, bis Überschuldung beseitigt ist
  - Oft auch Zinsstundung (Zinszahlung zulässig)
- Keine Tilgung (z.B. Rückzahlung, Verrechnung), bis Überschuldung beseitigt ist
- Keine Besicherung durch Schuldner

## Agenda Teil 2

1. Finanzierungsarten
2. Darlehensverträge
  - Wandelung
  - Rangrücktritt
3. Lernkontrolle



## Lernkontrolle Teil 2

Hat Sie etwas überrascht im Zusammenhang

- mit den Finanzierungsarten
- mit Darlehensverträgen?



**Homburger**

## **Danke für Ihre Aufmerksamkeit**

PD Dr. iur. Daniel Häusermann  
daniel.haeusermann@homburger.ch  
T +41 43 222 13 69

Homburger AG | Prime Tower | Hardstrasse 201 | CH-8005 Zürich  
[www.homburger.ch](http://www.homburger.ch)