



Homburger

Vertragsgestaltung

Vertragsrecht für die Wirtschaftspraxis FS 2018

Claude Lambert
9. März 2018

Teil 1

Umfeld der vertragsrechtlichen Beratung

Are you ready for the future?

<https://www.youtube.com/watch?v=G04SRRnVask&feature=related>

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

09. März 2018

Process Outsourcing

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

CPA Global, Integreon, Pangea3 (ThomsonReuters)

Vaste Talent

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

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

Solutions

Contract Management and Review
 Document Review
 Production
 Negotiation Support

IP Outsourcing

- Paralegal
- Patent Research
- Docketing
- Proofreading

Legal Research

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

Litigation Support Services

Discovery and Preparation
 Due Diligence: Vendor
 Due Diligence: Buyer
 Deposition Review

Document Review

- Full Document Review Management
- End to End Review
- Manual Review and Options

Forms – Beispiel Venture Capital Term Sheet

www.wsgr.com/WSGR/Display.aspx?SectionName=practice/termsheet.htm

on Sonsini Goodrich & Rosati
SSIONAL CORPORATION

POWERED BY
DealBuilder
By Business Integrity

Securities to be Issued
next finish check open save help

Securities to be Issued

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

k

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".

When 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 in a unit may result in phantom dividend income to investors, and reporting and withholding obligations on the part of the company.

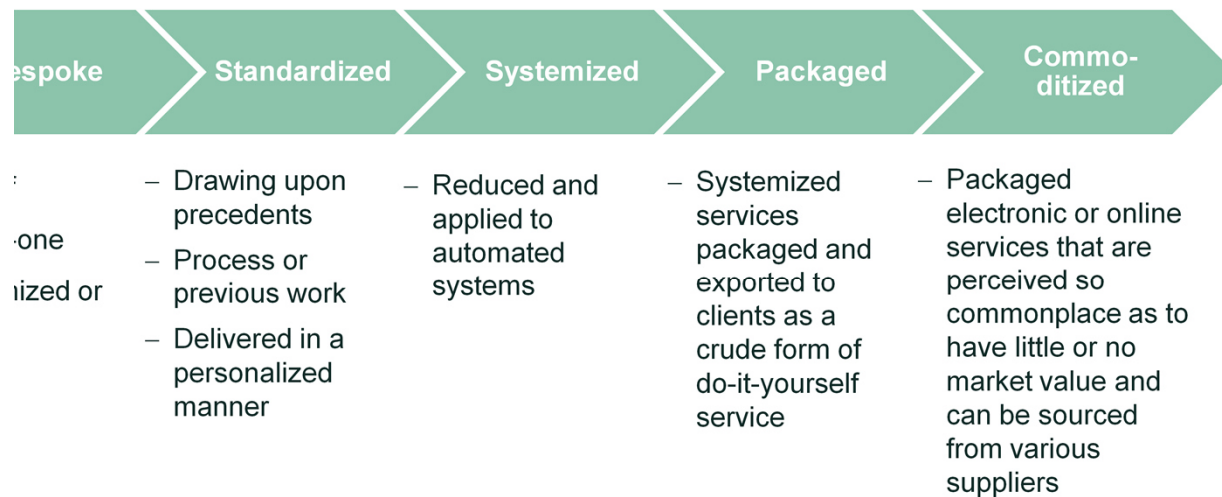
Investors will be receiving warrants?

- Yes
- No

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

an der vertragsrechtlichen Beratung

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

3 Finanzierung
12. erfolgt ein
1 24 Monaten,
jährlichen 10
h: Absprache
tzte Betrag im

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

~~d-warranties-of-the-Seller-in
y-shall-be-true-and-correct-and
root-in-all-material-respects;
representations-and-warranties-shall
sion-of-this-condition-if-such
result-or-are-reasonably-likely-to
-of-the-Group-that-in-the-aggregate~~

~~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~~

~~chaser's Debt Financing
the suspension is voluntary or
sin, being unable to or admitting
atorium or other agreement with
or regulatory regime by reason of
tion, or it becoming illegal for any
nments, the Closing shall be
ing the date determined pursuant
(d Date"). Until the Refinancing
ocially reasonable efforts to enter
der that has suspended or is
lbt Financing Commitments (the
at Purchaser shall not be required
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~~

Formatiert: Überschrift 3-Level 1 - 2H3.C Sub-Sub/Italich3 sub headingHead 3LHead 32.C Sub-Sub/Italich3 sub heading1H32Level: 1-1:GPH heading 3Sub-sectionH31(Alt+3)3Sub2Para

Formatiert: Unterstrichen

Formatiert: Schriftart: Kursiv

Formatiert: English (Großbritannien)

Formatiert: Überschrift 3-Level 1 - 2H3.C Sub-Sub/Italich3 sub headingHead 3LHead 32.C Sub-Sub/Italich3 sub heading1H32Level: 1-1:GPH heading 3Sub-sectionH31(Alt+3)3Sub2Para Einzug: Links: 0 cm, Tabstops: Nicht an 0,00 cm

Formatiert: Unterstrichen

Formatiert: Unterstrichen

Formatiert: Unterstrichen

Formatiert: English (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

Homburger AG | Prime Tower | Hardstrasse 201 | CH-8005 Zürich
www.homburger.ch