

Letter of Intent: Wirkungen nach Schweizer Recht



Florian S. Jörg
Dr. iur. HSG, MCJ, Rechtsanwalt
Telefon +41 58 258 10 00
florian.joerg@bratschi-law.ch



Thomas Peter
LL.M., Rechtsanwalt
Telefon +41 58 258 10 00
thomas.peter@bratschi-law.ch

Letters of Intent entstammen zwar nicht der schweizerischen Rechtstradition, erfreuen sich aber schon seit einigen Jahrzehnten grosser Beliebtheit und kommen bei den verschiedensten Transaktionen vor. Doch was bedeuten sie?

1. Was ist ein Letter of Intent?

Ein Letter of Intent ("LOI") wird beispielsweise häufig bei M&A Transaktionen eingesetzt. Ein solcher Unternehmenskauf besteht in der Regel aus mehreren Phasen:

- Erste Gespräche;
- Due Diligence Prüfung;
- Vertragsverhandlungen;
- Vertragsunterzeichnung ("Signing");
- Vertragserfüllung ("Closing") und
- die Phase nach der Vertragserfüllung.

Üblicherweise wird ein LOI nach den ersten Gesprächen, aber vor der Durchführung der Due Diligence Prüfung abgeschlossen. Er bewirkt, dass aus einer vorvertraglichen Beziehung ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien entsteht.

Die Funktion eines LOI ist meist diejenige einer Absichtserklärung. Da ein solches Institut dem traditionellen Schweizer Recht jedoch fremd ist, wurde das Konzept des LOI von angloamerikanischen Marktteilnehmern eingeführt und hat sich mittlerweile etabliert.

Die Terminologie im Zusammenhang mit LOI und ähnlichen Instrumenten ist in der Praxis äusserst uneinheitlich. In seiner ursprünglichen Form ist der

LOI eine einseitige Erklärung. Mittlerweile ist es jedoch üblich, auch zweiseitige Vereinbarungen als LOI zu bezeichnen.

2. Wann wird ein LOI abgeschlossen?

Meist macht es nur bei grösseren und komplexeren Transaktionen Sinn, bereits die Due Diligence Prüfung und die darauf folgenden Phasen der Transaktion auf eine vertragliche Basis zu stellen. Der LOI wird dann oft verknüpft mit Vertraulichkeitserklärungen, Exklusivitätsversprechen oder den vom Verkäufer festgelegten Bedingungen für die Due Diligence Prüfung selber.

Das schweizerische Recht schreibt die Abfassung eines LOI nicht vor. In der Regel ist es eher der Verkäufer, welcher von der potenziellen Käuferin die Abgabe eines LOI verlangt. Er ist daran interessiert, dass die Käuferin ihr Interesse schriftlich festhält und sich darüber hinaus z.B. schriftlich zur Geheimhaltung verpflichtet, bevor ihr anlässlich der Due Diligence Prüfung interne Dokumente und vertrauliche Informationen offengelegt werden. Da die Transaktionsvorbereitung sowohl für den Käufer als auch den Verkäufer einen erheblichen Aufwand bedeutet, möchten sich die Parteien durch den Abschluss eines LOI auch der Ernsthaftigkeit der gegenseitigen Kaufs-, resp. Verkaufsabsichten versichern.

Eine weitere Funktion eines LOI ist es, zu einem frühen Zeitpunkt das gegenseitige Verständnis über die Struktur der Transaktion sowie einzelne Bestimmungen schriftlich festzuhalten. Da ein LOI in der Regel vorbehaltlich eines zufriedenstellenden Resultats der Due Diligence Prüfung abgefasst wird und

die meisten Verpflichtungen üblicherweise als nicht bindend statuiert werden, bleiben die Angaben jedoch meist eher vage.

Entsprechend ist auch das Risiko bei der Abgabe eines LOI eher gering: In den meisten Fällen werden die Gerichte von den Parteien nicht den Abschluss des Kaufvertrages verlangen. Auch die oftmals festgeschriebene Pflicht, nach Treu und Glauben zu handeln, ist bereits gesetzlich vorgesehen und bedarf keiner zusätzlichen vertraglichen Vereinbarung. Vorteile bestehen allenfalls in der vertraglichen Haftung, welche an die Stelle einer ausservertraglichen Haftung tritt.

3. Formen eines LOI und ähnliche Instrumente

Statt "Letter of Intent" werden teilweise auch andere Begriffe verwendet wie z.B., "Indication of Interest". Wird mehr Gewicht auf die Eckpunkte des Deals und damit auf die Gegenseitigkeit der Vereinbarung gelegt und soll eine Vereinbarung an Stelle einer einseitigen Erklärung abgeschlossen werden, können auch "Meeting Minutes", ein "Memorandum of Understanding", ein "Term Sheet", "Heads of Agreement" etc. unterzeichnet werden. Alle diese verschiedenen Vereinbarungen zielen in eine ähnliche Richtung und werden im schweizerischen Recht entsprechend auch ähnlich behandelt. Sie bezwecken, in einer frühen Phase einer Transaktion die wesentlichsten Eckpunkte bereits vertraglich festzuhalten. In der Regel verpflichten sie nicht zum Abschluss des endgültigen Vertrages, erhöhen aber die Gefahr einer Haftung, falls sich eine Partei ohne nachvollziehbare Begründung von den Vertragsverhandlungen zurückzieht.

Häufig werden gleichzeitig mit dem LOI Vertraulichkeitsvereinbarungen ("Non-Disclosure Agreements", "Confidentiality Agreements") abgeschlossen. Diese bezwecken, dass die im Rahmen der Transaktion bekannt gegebenen Informationen nicht an Dritte weitergegeben oder von der empfangenden Partei missbraucht werden. Häufig wird diese Pflicht aber

auch direkt in den LOI aufgenommen, wenn die Geheimhaltung nicht schon in einer früheren Phase, also vor Unterzeichnung des LOI vereinbart worden ist. Ausserdem wird häufig ein Abwerbverbot ("Non-Solicitation Clause") in den LOI aufgenommen. Darin verpflichtet sich die Kaufinteressentin, welche im Rahmen ihrer Verhandlungen und der Due Diligence mit den Schlüsselpersonen der Zielgesellschaft in Kontakt kommt, diese im Falle des Scheiterns der Transaktion für eine bestimmte Zeit nicht aktiv abzuwerben.

Unverbindliche Angebote ("Non-Binding Offers") betonen die Bereitschaft der Käuferin, die Zielgesellschaft bei Erfüllung bestimmter Bedingungen zu erwerben. Im Unterschied zum LOI legen solche Dokumente mehr Gewicht auf die Strukturierung und die Bedingungen des Angebots. In einer späteren Phase des Verkaufsprozesses verlangt ein Verkäufer darüber hinaus oft die Abgabe eines verbindlichen Angebots. Da ein derartiges Dokument dem Verkäufer grundsätzlich einen Anspruch auf Abschluss eines Vertrages gibt, ist die Abgabe einer "Binding Offer" mit deutlich mehr Risiko behaftet als ein LOI.

Vorverträge schliesslich werden abgeschlossen, falls sich beide Parteien tatsächlich binden wollen. Im Unterschied zum LOI enthalten sie alle wesentlichen Vertragspunkte des später zu vereinbarenden Kaufvertrages und sind nach schweizerischem Recht bindend. Die Parteien können gestützt darauf Klage erheben. Da solche Vereinbarungen jedoch fast den gleichen Detaillierungsgrad erfordern wie der letztlich abzuschliessende Kaufvertrag, werden sie praktisch nie eingesetzt.

4. Bindend oder Nicht-bindend?

Eine Grundregel besagt, dass ein LOI unverbindlich bleibt, während Vorverträge und verbindliche Angebote eine bindende Wirkung entfalten. Entsprechend ist es wichtig, einen LOI so abzufassen, dass die unverbindliche Natur des Schriftstückes klar ersicht-

lich ist. Ist dies nicht der Fall, hängt die Verbindlichkeit von der Interpretation durch die angerufenen Gerichte ab.

Üblich ist jedoch, gewisse Bestimmungen verbindlich zu erklären, insbesondere falls ein zweiseitiger LOI oder eine ähnliche Vereinbarung (z.B. ein Memorandum of Understanding) vorliegt. Zu diesen Klauseln gehören insbesondere die Zusicherung der Exklusivität, die Vertraulichkeit, das Abwerbverbot, die Kostenregelung, die Pflicht, nach Treu und Glauben zu handeln, die Wahl eines anwendbaren Rechts bei Streitigkeiten sowie die Bestimmung eines Gerichtsstandes.

Soll ein LOI oder eine zweiseitige Vereinbarung vollkommen unverbindlich bleiben, wird dies am besten explizit so statuiert. Diesfalls besteht eine gefestigte Praxis der schweizerischen Gerichte, dass die Bestimmungen keine bindende Wirkung entfalten.

5. Welche weiteren Elemente kann ein LOI enthalten?

Die folgenden Elemente können, müssen aber nicht, in einem LOI enthalten sein:

- Kaufobjekt;
- Bandbreite des möglichen Kaufpreises;
- Zahlungsmodalitäten oder Preisanpassungsklauseln;
- Kaufbedingungen, wie z.B.:
 - Zufriedenstellendes Resultat der Due Diligence Prüfung;
 - Anbindung von wichtigen Mitarbeitern (sog. "Schlüssel-Arbeitnehmern");
 - Abschluss von schriftlichen Vereinbarungen;
 - Vorliegen der notwendigen Gesellschaftsrechtlichen Zustimmungen und der regulatorischen Bewilligungen;
 - Ablauf von notwendigen Wartefristen, insbesondere im Wettbewerbsrecht;
 - Zusicherung, dass die zur Verfügung gestellten Informationen wahr sind und ein zutreffen-

- des Bild der Gesellschaft abgeben;
- Regelung der Dividendenzahlung;
- Abbau von Verbindlichkeiten;
- Zusicherung, dass der Verkäufer die üblichen Gewährleistungen abgeben wird;
- Zeitplan, Zeitfenster für die Due Diligence Prüfung, Fahrplan für die Verhandlungen sowie die Vertragsunterzeichnung und die Vertragserfüllung;
- Vertraulichkeitsvereinbarungen;
- Regeln für die Durchführung der Due Diligence Prüfung;
- Exklusivitätszusicherung;
- Kostenverteilung, so genannte "break-up fee" (Entschädigung bei Abbruch der Vertragsverhandlungen);
- Anwendbares Recht;
- Gerichtsstand / Schiedsgerichtsort;
- Ende der Wirkung des LOI;
- Bezeichnung der bindenden Klauseln.

Handelt es sich um ein Joint Venture und nicht um einen Unternehmenskauf, sind zusätzliche Klauseln denkbar, z.B.:

- Konzept des Joint Venture;
- Finanzierungskonzept für das Joint Venture;
- Finanzielle Struktur der beteiligten Partner;
- Zusammensetzung der Entscheidungsgremien der Joint Venture Gesellschaft;
- Beendigungsmechanismen des Joint Ventures;
- Erwerbsberechtigungen (Vorkaufsrechte, Kaufs- und Verkaufsrechte, etc.);
- Abwerbverbot für Angestellte.

Anzumerken bleibt, dass eine Wegbedingung bestimmter rechtlicher Pflichten (z.B. Handeln nach Treu und Glauben) vertraglich nicht möglich ist.

6. Was passiert bei einer Verletzung des LOI?

Grundsätzlich können nicht-verbindliche Bestimmungen eines LOI nicht verletzt werden. Ausnahmen bestehen jedoch, wenn eine Partei

beispielsweise gegen allgemeine Grundprinzipien wie das Handeln nach Treu und Glauben verstösst. Diesfalls entsteht wie bei anderen Verträgen oder der Verletzung verbindlicher Klauseln des LOI die Möglichkeit einer Haftung der verletzenden Vertragspartei, falls die andere Partei den erlittenen Schaden, (auch entgangenen Gewinn), die Verletzung der Vereinbarung oder des betreffenden Grundprinzips sowie den Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung und dem eingetretenen Schaden nachweisen kann.

Schlussbetrachtung

Trotz dieser teilweise bestehenden Unwägbarkeiten ist bei grösseren Transaktionen in jedem Fall der Abschluss eines LOI oder einer ähnlichen Vereinbarung zu empfehlen. Er stellt die Beziehung der Parteien auf eine vertragliche Basis und führt bei den Parteien früh zu einem gemeinsamen Verständnis der Transaktionsstruktur.

Bratschi Wiederkehr & Buob in Kürze

Bratschi Wiederkehr & Buob, eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 60 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Zürich Bahnhofstrasse 46/106, Postfach 1130, CH-8021 Zürich
Telefon +41 58 258 10 00, Fax +41 58 258 10 99
zuerich@bratschi-law.ch

Bern Bollwerk 15, Postfach 5576, CH-3001 Bern
Telefon +41 58 258 16 00, Fax +41 58 258 16 99
bern@bratschi-law.ch

St.Gallen Vadianstrasse 44, Postfach 262, CH-9001 St.Gallen
Telefon +41 58 258 14 00, Fax +41 58 258 14 99
stgallen@bratschi-law.ch

Basel Gerbergasse 14, CH-4001 Basel
Telefon +41 58 258 19 00, Fax +41 58 258 19 99
basel@bratschi-law.ch

Zug Unter Altstadt 28, CH-6300 Zug
Telefon +41 58 258 18 00, Fax +41 58 258 18 99
zug@bratschi-law.ch

www.bratschi-law.ch

© Bratschi Wiederkehr & Buob, Vervielfältigung bei Angabe der Quelle gestattet