



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Adrian von Kaenel

Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht

Das Management im Unternehmensverkauf

Martin L. Müller

Inhalt

I.	Einleitung.....	82
II.	Ausgangslage.....	82
III.	Interessen der Parteien beim Unternehmensverkauf.....	83
	1. Käufer.....	83
	a) Finanzinvestor.....	83
	b) Industrieller Käufer.....	84
	2. Verkäufer.....	84
	3. Management.....	84
IV.	Arbeitsrechtliche Vorkehren aus Verkäufersicht.....	85
	1. Einräumen von Beteiligungsrechten an der Zielgesellschaft.....	85
	2. Abwerbe- und Anstellungsverbote im LOI.....	86
	3. Einbezug und Information des Managements über Transaktion?.....	87
	4. Klare Informationsinstruktion.....	87
	5. Transaktionsbonus.....	88
V.	Arbeitsrechtliche Vorkehren aus Sicht des Managements.....	89
	1. Kontrollwechselklausel.....	90
	a) Bedingungen für den Eintritt.....	91
	b) Höhe.....	91
	2. Verlängerung der Kündigungsfristen.....	92
	a) Zur Sicherung eines arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbots.....	93
	b) Zeitlich befristete Verlängerung.....	94
VI.	Arbeitsrechtliche Vorkehren aus Käufersicht.....	94
	1. Kaufvertragliche Regelungen.....	94
	a) Vollzugsbedingungen.....	94
	b) Konkurrenz-/Abwerbe-/Anstellungsverbote.....	95
	2. Arbeitsvertragliche Regelungen.....	96
VII.	Zusammenfassung.....	96

I. Einleitung

Bei den im Hinblick auf einen Unternehmensverkauf einzuführenden arbeitsrechtlichen Vorkehren geht es v.a. um die bestmögliche Lösung einer dreifachen Interessenkollision zwischen Verkäufer, Käufer und Management: Sämtliche im Hinblick auf einen Verkauf getroffenen Vorkehren sollen ausgestaltet werden, dass sie

- die Flexibilität von Verkäufer und Käufer nicht zu sehr einschränken,
- das Management adäquat motivieren und absichern, sowie
- die Zielgesellschaft nicht zu sehr belasten, wenn der Verkauf dann doch nicht zustande kommt.

Jede Verkaufssituation wird dabei eine massgeschneiderte Lösung erfordern, welche primär von der Verhandlungsmacht der involvierten Parteien abhängt.

Nachstehend soll versucht werden, die verschiedenen Interessenkonflikte exemplarisch aufzuzeigen und anhand typischer Grundsituationen verschiedene Denkanstösse zu geben, in welche Richtung arbeitsrechtliche Vorkehren gehen könnten.

II. Ausgangslage

In der Praxis kann immer wieder beobachtet werden, dass beim Management auch in schwierigen Situationen des Unternehmens weiterhin ein Glaube an eine Zukunft des Unternehmens besteht: Das Management glaubt an sich, glaubt an „sein“ Unternehmen und hofft auf eine bessere Zukunft. Sobald sich aber am Horizont abzeichnet, dass die Eigentümer das Unternehmen möglicherweise verkaufen wollen resp. verkaufen müssen, dann ändern sich plötzlich die Spielregeln: Manager realisieren, dass ihr Job in Gefahr ist und beginnen, aktiv nach Alternativen zu suchen.

Damit stellen sich die entscheidenden Fragen: Kann/darf sich ein Unternehmen in einer Übernahmesituation erlauben, dass Führungskräfte gehen? Und wie sollen diesbezüglich die verschiedenen Interessen von Verkäufer, Käufer und Management berücksichtigt werden?

Nachfolgend werden die verschiedenen Interessen von Käufer, Verkäufer und Management analysiert, einzelne arbeitsvertragliche Vorkehren vorgestellt und diskutiert, wie diese die jeweiligen Interessen berühren.

III. Interessen der Parteien beim Unternehmensverkauf

Das Management kann bedeutender Wertfaktor des Unternehmens sein, insbes. betreffend Know-how, Beziehungen, detaillierte Kenntnis über das Unternehmen und Konkurrenten, Markt, Trends etc. Aber es ist auch möglich, dass das Management schlicht inkompetent, faul oder nicht motiviert ist.

Käufer und Verkäufer werden dabei die Leistungen und Qualität des Managements oft verschieden beurteilen. Es ist deshalb entscheidend, dass sämtliche arbeitsrechtlichen Vorkehren, die im Hinblick auf einen Verkauf der Zielgesellschaft getroffen werden, allen involvierten Parteien – Käufer, Verkäufer und Management – genügend Flexibilität einräumen, die eigenen Interessen angemessen zu verfolgen.

1. Käufer

Sehr verallgemeinernd und vereinfacht gibt es zwei verschiedene Käufertypen beim Unternehmenskauf: Finanzinvestoren und industrielle Käufer. Nicht nur ihre jeweilige Ausgangslage, auch die jeweiligen Interessen sind völlig verschieden.

a) Finanzinvestor

Grund für den beabsichtigten Kauf eines Unternehmens ist bei einem Finanzinvestor eine allfällige Unterbewertung der Zielgesellschaft, eine vielversprechende zukünftige Entwicklungsmöglichkeit oder das Bestreben, das eigene Beteiligungs-Portfolio zu erweitern. Ein solcher Käufer verfügt über die notwendigen Mittel, den Kauf zu finanzieren (resp. finanzieren zu lassen), über financial expertise und oft auch über ein gewisses Industry-Know-how auf einer strategischen Stufe. Einem typischen Finanzinvestor fehlt aber i.d.R. Managementkapazität auf einer operativen Ebene. Der Finanzinvestor

ist also darauf angewiesen, neben dem Unternehmen auch (und v.a.) dessen Management zu übernehmen.

Der Finanzinvestor ist somit interessiert, das Management in die Transaktion einzubeziehen, um so sicherzustellen, dass das Management auch nach der Übernahme weiterhin dem Unternehmen zur Verfügung steht.

b) Industrieller Käufer

Beim industriellen Käufer geht es beim Unternehmenserwerb oft um horizontale oder vertikale Unternehmens-Erweiterung. Aufgrund der eigenen Managementfähigkeiten und der detaillierten Branchenkenntnisse ist der industrielle Käufer auf das Management bzw. dessen Kenntnisse nicht angewiesen – im Gegenteil: Der industrielle Käufer will oft das – inkompetente, faule, verdorbene etc. – Management nicht übernehmen, sondern nach dem Erwerb der Zielgesellschaft seine eigenen Kader einsetzen oder zur Steigerung von Synergieeffekten Führungspositionen ganz streichen.

Aber auch für einen industriellen Käufer kann es Sinn machen, das Management der Zielgesellschaft doch noch in gewisser Form zu binden, um zu verhindern, dass das Know-How und die Beziehungen dieser Mitarbeiter sofort einem Konkurrenten zur Verfügung stehen.

2. Verkäufer

Der Verkäufer ist darauf angewiesen, dass das Management der Zielgesellschaft während der ganzen Verkaufsverhandlungen im Unternehmen verbleibt und sowohl das operative Tagesgeschäft erledigt als auch bei Bedarf den Transaktionsprozess unterstützt (z.B. bei der Due Diligence und bei Management Interviews).

Gleichzeitig sollen aber sämtliche im Hinblick auf einen Verkauf getroffenen Vorkehrungen so ausgestaltet werden, dass sie die Zielgesellschaft nicht zu sehr belasten, wenn der Verkauf dann doch nicht zustande kommt.

3. Management

Das Management eines Unternehmens, das verkauft werden soll, ist primär an Arbeitsplatzsicherheit oder dann an finanzieller Sicherheit interessiert.

Das Management einer Zielgesellschaft wird sich deshalb bei einem potentiellen Käufer in eine möglichst gute Ausgangslage bringen wollen. Es ist dann oft eine Gratwanderung, wie viel Kooperation mit dem zukünftigen Eigentümer unter der Loyalitätspflicht des Arbeitnehmers zulässig ist.¹

IV. Arbeitsrechtliche Vorkehren aus Verkäufersicht

Der Verkäufer will einen möglichst hohen Verkaufspreis realisieren können. Voraussetzung dazu ist, dass die Zielgesellschaft weiterhin gut gemanagt wird. Neben all den Problemen des Tagesgeschäfts wäre ein grosser brain-drain für das Unternehmen nur schwer zu verkraften, da mit grosser Wahrscheinlichkeit ein krisengeschütteltes Unternehmen nur schwer neue qualifizierte Mitarbeiter finden kann.

Der Verkäufer hat dabei aber immer zu bedenken, dass die Transaktion abgebrochen wird. Alle Massnahmen dürfen deshalb für die Zielgesellschaft nicht zu belastend sein, sollte der Verkauf nicht zustande kommen. Sodann muss der Verkäufer verhindern, dass das Management der Zielgesellschaft während des Transaktionsprozesses zu sehr mit dem potentiellen Käufer fraternisiert und Geschäftsgeheimnisse preisgibt, die preismindernd wirken können.

Aus Verkäufersicht sind verschiedene Massnahmen denkbar, die im Vorfeld eines Verkaufs umgesetzt, geeignet sind, die Interessen des Verkäufers bestmöglich zu wahren. Einige dieser Massnahmen werden nachfolgend in der gebotenen Kürze vorgestellt.

1. Einräumen von Beteiligungsrechten an der Zielgesellschaft

Mit der Einräumung von Beteiligungsrechten an der Zielgesellschaft stellt der Verkäufer sicher, dass die Interessen des Managements mit seinen eigenen übereinstimmen. Hat der Verkäufer dem Management der Zielgesellschaft Beteiligungsrechte eingeräumt, so muss er Vorkehren treffen, dass er

¹ Darf der Leiter F&E einen potentiellen Käufer im Rahmen des Verkaufsprozesses darüber informieren, dass das Entwicklungsprojekt xy sehr wahrscheinlich nie erfolgreich zum Abschluss gebracht werden kann?

dennoch stets in der Lage ist, jederzeit 100% des Targets zu verkaufen. Er wird dazu mit den betreffenden Mitarbeitern einen Aktionärsbindungsvertrag abschliessen und entsprechend Mitverkaufspflichten resp. -rechte (Tag along/Drag along) stipulieren.

In der Praxis kann immer wieder beobachtet werden, dass das Management prozentual nur über sehr geringe Anteile am Aktienkapital der Zielgesellschaft verfügt. Fraglich ist, ob damit dann wirklich ein Gleichlauf von Interessen erreicht wird.

2. Abwerbe- und Anstellungsverbote im LOI

Im Rahmen der Unternehmensprüfung (Due Diligence) erhält der Käufer detaillierte Informationen über die Zielgesellschaft. Dabei lernt der Käufer auch das Management der Zielgesellschaft sowie dessen Qualitäten kennen. Sollte nun die Übernahme scheitern, könnte der ehemalige potentielle Käufer seine Kenntnisse aus der Unternehmensprüfung gegen den Verkäufer verwenden und versuchen, einzelne Angestellte gezielt abzuwerben.

Für den Verkäufer ist deshalb entscheidend, dass sich der Käufer bereits im Rahmen des Letter of Intent (LOI) verpflichtet, das Management der Zielgesellschaft nicht abzuwerben, sollte die Transaktion nicht zustande kommen.² Aber auch das Postulat nach einem Abwerbeverbot im LOI ist cum grano salis zu verstehen: Wenn ein Mitarbeiter der Zielgesellschaft dann nach Scheitern der Transaktion trotz eines solchen Abwerbeverbots zum potentiellen Interessenten wechselt, wird es für den Verkäufer sehr schwierig sein, den Nachweis zu erbringen, dass der Interessent gegen das Abwerbeverbot im LOI verstossen hat.

Es empfiehlt sich deshalb, im LOI auch ein Anstellungsverbot zu stipulieren, gemäss welchem es dem Kaufinteressenten nach Abbruch der Verkaufsverhandlungen während einer gewissen Zeit nicht gestattet ist, Mitarbeiter der Zielgesellschaft anzustellen.

² ISLER PETER, Letter of Intent, in: TSCHÄNI RUDOLF (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VI, Zürich 2004, 8.

3. Einbezug und Information des Managements über Transaktion?

Viele Manager einer Zielgesellschaft möchten sehr eng in den Verkaufsprozess eingebunden werden, um sich so möglichst früh an neue Entwicklungen anpassen und ihre eigenen Interessen möglichst gut durchsetzen zu können. M.E. sollten die Rollen von Verkäufer und Management aber grundsätzlich klar getrennt sein: Nur der Verkäufer handelt als Verkäufer, das Management ist in die Vertragsverhandlungen nicht involviert. In vielen Fällen ist es aus Verkäufersicht sogar angezeigt, das Management über allfällige Verkaufsverhandlungen gar nicht zu informieren.

Der Grund für eine solche strikte Trennung ist der klare Interessenkonflikt des Managements, das einerseits Loyalitätspflichten gegen seinen Arbeitgeber – die Zielgesellschaft – hat³ und das sich andererseits eine möglichst gute Ausgangsposition beim potentiellen Käufer sichern will. Sodann kommt das Management gegenüber den anderen Mitarbeitern der Zielgesellschaft in eine sehr schwierige Situation (Glaubwürdigkeit), wenn es über die Absichten des Verkäufers Kenntnis hat, diese aber noch nicht bekannt machen darf.

Verlangt der Käufer aber, während des Verkaufsprozesses direkt mit dem Management sprechen zu können, sollten dementsprechend nur gezielt ausgewählte Mitglieder des Managements (z.B. CFO, Head R&D) im Rahmen von strukturierten und vom Verkäufer überwachten Management-Interviews mit dem Käufer involviert sein.

4. Klare Informationsinstruktion

Nachdem der Verkäufer festgelegt hat, wer vom Management der Zielgesellschaft mit Vertretern des Käufers spricht, muss er definieren, wie und was kommuniziert werden darf.

Ist der potentielle Käufer (über den LOI oder ein separates Confidentiality Agreement) an eine Geheimhaltungspflicht gebunden,⁴ darf er über die business-relevanten Sachverhalte und sogar Geschäftsgeheimnisse informiert werden. Offen ist aber, ob das Management einen Käufer auch über zukünftige Erwartungen und Einschätzungen informieren darf. Ich halte dafür, dass

³ Art. 321a OR.

⁴ ISLER (FN 2), 6.

ein Käufer in der Lage sein muss, diese Schlussfolgerungen selbst zu ziehen, und das Management des Targets auf Grund seiner Treuepflicht gegenüber der Zielgesellschaft seine eigenen Einschätzungen und Erwartungen nicht preisgeben darf.⁵

5. Transaktionsbonus

Der gesamte Verkaufsprozess stellt für das involvierte Management der Zielgesellschaft eine erhebliche Zusatzbelastung dar, da es neben dem normalen Tagesgeschäft weitere mit der Unternehmensprüfung (Due Diligence) im Zusammenhang stehende Aktivitäten abwickeln muss. Hierzu gehören beispielsweise das Erstellen eines Datenraumes, das Nachreichen von Dokumenten, die Beantwortung von Informationsanfragen oder auch die Teilnahme an Management-Interviews.

Angesichts des erweiterten Aufgabenkreises und der zusätzlichen Arbeitsbelastung wirkt sich das Inaussichtstellen eines Transaktionsbonus durchaus förderlich auf die tatkräftige Unterstützung des Managements aus. Bei der konkreten Ausgestaltung eines solchen Transaktionsbonus liegt sicherlich zunächst eine strikt erfolgsabhängige Bonusstruktur nahe: Je höher der Kaufpreis, desto höher der Transaktionsbonus.

Einem Transaktionsbonus inhärent ist ein grosses Potential für Interessenkonflikte: Das Management will den Transaktionsbonus verdienen – völlig unabhängig davon, ob der Käufer den bestmöglichen Preis bezahlt oder nicht. Aber auch der Käufer muss sich bewusst sein, dass ein Management, welchem ein Transaktionsbonus in Aussicht steht, äusserst selektiv informieren wird, um den Verkauf nicht zu gefährden. Der Kaufinteressent ist deshalb gut beraten, Erkundigungen über das allfällige Bestehen eines Transaktionsbonus einzuholen.

Sollte der Verkauf wider Erwarten – in letzter Minute – dann doch nicht zustande kommen, ist das Frustrationspotential bei den betroffenen Mitarbeitern verständlicherweise entsprechend hoch, da mangels Verkaufsabschluss

⁵ Zur Illustration möchte ich das bereits in FN 1 erwähnte Beispiel der Information über ein Entwicklungsprojekt und dessen Realisierungschance aufgreifen: So ist es m.E. zulässig, wenn der Chef F&E einem Käufer den Stand des Entwicklungspro-

kein Transaktionsbonus ausgezahlt wird. Die hervorgerufene Enttäuschung des Managements bietet sodann kaum eine vielversprechende Basis für die nächsten Verkaufsverhandlungen.

Sodann ist heutzutage ein Verkaufsfall gar nicht mehr so ausserordentlich, sondern eher als normales Ereignis im Lebenszyklus einer Gesellschaft zu verstehen: Es wird zwar immer Eigentümer einer Gesellschaft geben, die überzeugt sind, diese niemals zu verkaufen. Sehr rational scheint mir eine solche Einstellung aber nicht zu sein. Viel eher sollte jeder Eigentümer einer Gesellschaft sich bewusst sein, dass jederzeit eine Verkaufsgelegenheit auftauchen und dass sich ebenso gut jederzeit eine Verkaufsnotwendigkeit realisieren kann. Offen ist deshalb, ob Mitarbeiter nicht viel eher langfristig motiviert werden sollten, und auf kurzfristig wirkende Transaktionsboni verzichtet werden kann. „Mitarbeit im Verkaufsprozess“ könnte eines der Performance-Kriterien sein, das ständig in einem langfristigen Bonusplan enthalten ist und nur zur Anwendung kommt, wenn ein solcher Verkaufsprozess tatsächlich auftritt. Dies würde ermöglichen, Mitarbeiter langfristig – auch durch Verkaufsphasen hindurch – zu binden.

V. Arbeitsrechtliche Vorkehren aus Sicht des Managements

Für das Management bedeutet der potentielle Verkauf „ihrer“ Gesellschaft an einen neuen Eigentümer primär Unsicherheit. Es braucht schon ein sehr gesundes Selbstvertrauen, um dem Verkauf gelassen entgegen zu sehen und diesen sogar als Chance zu begreifen. Viel eher wird sich jeder Manager (wie jeder andere Mitarbeiter auch) fragen: Was bedeutet die Übernahme für mich? Werde ich entlassen? Kriege ich einen neuen Chef (der möglicherweise unausstehlich ist)? Habe ich in diesem Unternehmen noch eine Zukunft? Was bedeutet das für meine Karriere? Komme ich jetzt aufs Abstellgleis?

Das Management will die aus einem Verkauf resultierende Unsicherheit abgedeckt haben. Dazu dienen insbesondere Kontrollwechselklauseln sowie die Verlängerung von Kündigungsfristen.

jekts erläutert. Es ist aber dem Käufer überlassen, aus diesem status quo auf die Zukunft (Realisierbarkeit, Marktchancen) zu schliessen.

1. Kontrollwechselklausel

Eine Kontrollwechselklausel (*change-of-control clause*) ist eine Vertragsregelung im Arbeitsvertrag des Managers, die eine Abgangsentschädigung vorsieht, wenn der Arbeitsvertrag nach der Übernahme gekündigt (oder wenigstens materiell drastisch geändert) wird. Eine typische Kontrollwechselklausel regelt die Bedingungen für den Eintritt sowie die Höhe der Abgangsentschädigung.

Bei börsenkotierten Gesellschaften sind solche Kontrollwechselklauseln recht verbreitet.⁶ Kontrollwechselklauseln sehen wir aber nicht nur in börsenkotierten Gesellschaften, sondern auch in privat gehaltenen Unternehmen, so z.B. in einem Familienunternehmen, das von einem externen CEO geführt wird. Selbstverständlich sind bei börsenkotierten Gesellschaften Kontrollwechselklauseln nicht primär dazu da, das Management bei der Stange zu halten, sondern sie sollen als Abwehrmassnahme gegen einen missliebigen Käufer eingesetzt werden. Diese Thematik ist bereits ausgiebig diskutiert worden.⁷ Nachfolgend soll dieser Aspekt deshalb nicht weiter ausgeführt, sondern gewisse arbeitsrechtlichen Aspekte der Kontrollwechselklauseln untersucht werden.

Die in der Kontrollwechselklausel vorgesehene Abgangsentschädigung kommt dem Sicherheitsbedürfnis des betroffenen Managers sehr entgegen: Er weiss, dass er während einer gewissen Zeit nach dem Kontrollwechsel finanziell gleich gestellt bleibt, sollte sich die Übernahme negativ auf seine Arbeit und/oder seinen Arbeitsplatz auswirken. Kontrollwechselklauseln sind somit ein wirksames Mittel, die Interessen des Verkäufers zu schützen: Er muss nicht fürchten, dass das Management das Unternehmen in einer

⁶ Rund 20% von den an der SIX kotierten und in der Schweiz domizilierten Gesellschaften hatten per Ende 2009 Kontrollwechselklauseln vorgesehen, die dem Management bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach einer Übernahme gewisse arbeitsvertragliche Vorteile einräumen.

⁷ BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, § 11 N 448; BRECHBÜHL BEAT, Goldene Fallschirme oder silberne Brücken? Ein Beitrag zu den Kontrollwechselklauseln, in SJZ 100 (2004); HIRSIGER CAROLINE, Der Schutz der Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer bei der Fusion von Kapitalgesellschaften nach schweizerischem und europäischem Fusionsrecht, 244; WASER PATRICK, Über drei Jahre Corporate-Governance-Richtlinie der SWX, Analysen und Hinweise für Verbesserungen,

extrem heiklen Situation verlässt. Für den Verkäufer können solche Kontrollwechselklauseln aber auch negative Folgen haben, insbesondere dann, wenn sie zu attraktiv sind: In diesem Fall kann das Management versucht sein, einen Verkauf zu provozieren, um dann die attraktiven Abfindungsprämien zu geniessen. Dieser Gefahr kann ein Verkäufer wenigstens zu einem gewissen Teil gegensteuern, wenn er Kontrollwechselklauseln nicht ohne Not, d.h. ohne Vorliegen einer konkreten Übernahmeofferte, vorsieht.

Für den Käufer sodann sind Kontrollwechselklauseln nicht per se negativ. Auf der einen Seite sind sie zwar ein gewisser Kostenfaktor. Andererseits ermöglichen die klar formulierten Kontrollwechselklauseln mit ihren stipulierten vereinbarten Zahlungsverpflichtungen auch Rechtssicherheit, was gerade auch für die Bewertung entscheidend ist.

a) *Bedingungen für den Eintritt*

Bedingung für den Eintritt ist i.d.R. der Wechsel der Kontrolle des Unternehmens (i.d.R. wird keine 100% Übernahme verlangt, sondern es reicht aus, wenn der neue Eigentümer einen erheblichen Einfluss ausüben kann. Sodann muss das Arbeitsverhältnis innert einer gewissen Frist (i.d.R. 12 Monate) nach dem Vollzug des Kontrollwechsels vom Arbeitgeber gekündigt oder materiell signifikant geändert werden (z.B. wird eine andere Aufgabe zugeteilt, das Team wird signifikant verkleinert) und der Manager reicht in der Folge seine Kündigung ein.

b) *Höhe*

Die Höhe der Abgangsentschädigung ist naturgemäss sehr unterschiedlich, aber im Sinne einer Daumenregel kann davon ausgegangen werden, dass die Abgangsentschädigung einem bis eineinhalb Basis-Jahressalär(en) (ohne Bonus) entspricht. Zusätzlich wird oft vorgesehen, dass die Sperrfrist von Optionen aufgehoben wird und diese alle dementsprechend vom betroffenen Mitarbeiter sofort ausgeübt werden können (*acceleration of vesting*).

Ziff. 6.4.; TSCHÄNI RUDOLF, Unternehmensübernahmen nach Schweizer Recht, 245; KUY ANDRÉ, Der Verwaltungsrat im Übernahmekampf, 71.

Die Frage stellt sich somit, ob diese grossen finanziellen Anreize die Kündigungsfreiheit des Mitarbeiters vor Eintritt des Kontrollwechsels übermässig beschneiden (golden handcuffs)⁸ und deshalb auch – zumindest teilweise – geschuldet sind, wenn einem Mitarbeiter vor Eintritt des Kontrollwechsels gekündigt wird oder er selbst die Kündigung ausspricht. Dies ist m.E. nicht der Fall, da der Kontrollwechsel weder vom Mitarbeiter noch vom Arbeitgeber (der ja das Target ist) kontrolliert werden kann und der Eintritt der Bedingung dementsprechend völlig ausserhalb des Einflussbereichs beider am Arbeitsverhältnis beteiligten Parteien liegt.

Kontrollwechselklauseln sind sodann i.d.R. so klar an objektive Bedingungen geknüpft, dass für den Arbeitgeber kein Ermessensspielraum besteht. Sie sind damit klar Lohnbestandteil i.S. von Art. 322 OR.

2. Verlängerung der Kündigungsfristen

Aus Sicht des Managements sind sodann auch lange Kündigungsfristen vorteilhaft: Diese geben Sicherheit, dass im Kündigungsfall genügend Zeit bleibt, eine neue gleichwertige Stelle zu finden. Die Vorteile einer Verlängerung der Kündigungsfrist liegen auf der Hand. Aber die Frage ist, wer von ihnen tatsächlich profitiert, und wer die Nachteile trägt.

Zwar muss sich auch ein Mitarbeiter an die verlängerte Kündigungsfrist halten. Man mag deshalb gegen eine Verlängerung einwenden, dass dadurch auch die Flexibilität des betroffenen Mitarbeiters geschmälert wird, wenn er das Unternehmen verlassen und eine neue Stelle antreten wird. In der Theorie ist das zwar richtig, da Kündigungsfristen für Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleich lang sein müssen⁹ und der Arbeitgeber darauf beharren kann, dass der betroffene Mitarbeiter bis zum Ende der Kündigungsfrist im Unternehmen verbleibt. In der Praxis ist es aber oft so, dass ein Mitarbeiter, der gehen will, gehen kann – es macht wenig Sinn, einen Manager zu beschäftigen, der unzufrieden ist und möglichst rasch eine neue Stelle antreten will.

⁸ Vgl. ZR 102 (2003) Nr. 5; JAR 1990, 232; LEU DANIEL, Variable Vergütung für Manager und Verwaltungsräte, Zürich 2006, 95 und 250; HELBLING CHRISTOF, Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen, Zürich 2003, 48; zurückhaltend STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN, Arbeitsvertrag, Zürich 2006, 335a N 2.

⁹ Art. 335a Abs. 1 OR.

Im Extremfall der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung durch den Mitarbeiter sind denn auch die Konsequenzen viel weniger gravierend als bei der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung durch den Arbeitgeber: Während der Arbeitgeber bei der von ihm selbst ausgesprochenen ungerechtfertigten fristlosen Kündigung den Lohn für die ordentliche Kündigungsfrist plus eine Strafzahlung von max. 6 Monatslöhnen entrichten muss,¹⁰ so hat er im Falle einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung durch den Arbeitnehmer neben einem in der Praxis i.d.R. nur sehr schwer zu beweisenden Schadenersatz nur Anspruch auf eine Entschädigung, die einem Viertel des Lohnes für einen Monat entspricht.¹¹

Bei der Verlängerung der Kündigungsfrist hat der Arbeitgeber auch das erhöhte Missbrauchspotential durch die bewusst herbeigeführte Verlängerung durch wiederholte kurze Krankheits-Absenzen zu bedenken.¹²

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass primär die Mitarbeiter von den verlängerten Kündigungsfristen profitieren, der Arbeitgeber hingegen die Nachteile trägt.

a) Zur Sicherung eines arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbots

In einem Spezialfall kann aber eine lange Kündigungsfrist auch für den Arbeitgeber vorteilhaft sein: Eine lange Kündigungsfrist sollte den Arbeitgeber besser vor Konkurrenzierung schützen als ein nachvertragliches Konkurrenzverbot gemäss Art. 340 ff. OR, da die Konkurrenzierung während der Kündigungsfrist gemäss Art. 321a Abs. 3 OR als Treuepflichtverletzung qualifiziert wird und dementsprechend einfacher sollte vollstreckt werden können. Wird ein Mitarbeiter während der Kündigungsfrist aber freigestellt, ist eine längere Kündigungsfrist wohl kein Vorteil mehr gegenüber einem nachvertraglichen Konkurrenzverbot mit Karenzentschädigung.

¹⁰ Art. 337c Abs. 3 OR.

¹¹ Art. 337d Abs. 1 OR.

¹² Art. 336c Abs. 1 lit. b OR.

b) Zeitlich befristete Verlängerung

Die Verlängerung der Kündigungsfrist ist für den Arbeitgeber ein zweischneidiges Schwert: Zwar erhält der betroffene Mitarbeiter mehr Sicherheit, der Arbeitgeber wird aber gleichzeitig weniger flexibel, und (wie oben bereits ausgeführt) er kann einen Mitarbeiter, der gehen will, faktisch gar nicht aufhalten. Auf der anderen Seite ist das Bedürfnis des Managements nach Sicherheit klar anzuerkennen.

Verlängerungen der Kündigungsfrist sollten deshalb zeitlich befristet eingeführt werden und zwar dann, wenn sich eine Transaktion abzeichnet. Kommt der Verkauf aber nicht innert der definierten Zeitspanne zustande, gilt wieder automatisch die alte, kürzere Kündigungsfrist.

VI. Arbeitsrechtliche Vorkehren aus Käufersicht

1. Kaufvertragliche Regelungen

a) Vollzugsbedingungen

Generell hat der Käufer die Möglichkeit, seine Interessen entsprechend in die Vertragsverhandlungen über den Aktienkaufvertrag einfließen zu lassen. Alles, was der Käufer vor der Übernahme unbedingt geregelt haben will, wird er als Bedingung für den Vollzug vorsehen (*conditions precedent to closing*, oder kurz: CPs). Bezüglich des Managements kann er beispielsweise verlangen, dass das Management per Vollzugsdatum neue Arbeitsverträge mit einem strengen nachvertraglichen Konkurrenzverbot abschliesst oder dass gewisse Arbeitsverhältnisse per Closing im gegenseitigen Einvernehmen aufgelöst sein müssen. Oft verkomplizieren Vollzugsbedingungen betreffend das Management die Vertragsverhandlungen enorm, da der Verkäufer die Einwilligung der betreffenden Mitarbeiter zu der für die Erfüllung der jeweiligen CP notwendigen Anpassungen des Arbeitsvertrages einholen muss.

b) *Konkurrenz-/Abwerbe-/Anstellungsverbote*

Die Interessenlage des Käufers kann sehr verschieden sein: Entweder ist er darauf angewiesen, dass das Management auch nach dem Kauf im Unternehmen verbleibt, oder er will die Führungskräfte so rasch wie möglich auswechseln. Damit das ausgewechselte Management nicht im Anschluss an die Übernahme unmittelbar in den Wettbewerb zum übernommenen Unternehmen tritt und es durch gewisse bei ihm erworbene Kenntnisse schädigt, bietet sich die Implementierung von gewissen Verhaltenspflichten des Verkäufers im Kaufvertrag an.

Die arbeitsrechtlichen nachvertraglichen Konkurrenzverbote sind in Art. 340 ff. OR streng reglementiert. Diese Einschränkungen des Arbeitsrechts gelten aber nicht, wenn ein Konkurrenzverbot nicht Teil eines Arbeitsvertrages, sondern Teil eines Aktienkaufvertrags ist. In diesem Fall gelten dann nur die allgemeinen Vorschriften von ZGB 27 und die Vorschriften über die Konventionalstrafe.¹³ Voraussetzung dazu ist aber selbstverständlich, dass der betreffende Mitarbeiter Partei des Kaufvertrages wird – der Mitarbeiter muss Aktionär der Zielgesellschaft sein (oder zumindest über Optionsrechte verfügen, die der Käufer erwerben will). Ist dies der Fall, macht es für einen Käufer oft Sinn, ein strenges vertragliches Konkurrenzverbot im Kaufvertrag zu stipulieren, auf welches die arbeitsvertraglichen Einschränkungen gerade nicht zur Anwendung kommen.

Der Verkäufer kennt die Stärken und Schwächen des Managements des Targets sehr gut. Ist der Käufer darauf angewiesen, dass der Verkäufer nach dem Verkauf nicht sofort eine eigene, konkurrenzierende Organisation auf die Beine stellt, muss er u.a. verhindern, dass der Verkäufer das Management des Targets abwirbt. Parallel dazu sollte der Käufer im Kaufvertrag ein Abwerbeverbot des Verkäufers vorsehen. Der Verkäufer hat demnach dem Käufer zuzusichern, dass er für eine vordefinierte Zeitspanne (bspw. fünf Jahre nach Übernahme oder zwei Jahre nach Beendigung des entsprechenden Arbeitsvertrages) es unterlässt, bestimmte Arbeitnehmer abzuwerben. Sinnvoll ist, ein Abwerbeverbot des Verkäufers mit einem Anstellungsverbot zu kombinieren: Der Verkäufer darf das Management der Zielgesellschaft während einer gewissen Zeit gar nicht anstellen.

¹³ STREIFF/VON KAENEL (FN 8), 340 N 2.

2. Arbeitsvertragliche Regelungen

Ein Käufer, der darauf angewiesen ist, dass das Management der Zielgesellschaft auch nach der Übernahme verbleibt, wird verschiedene Vorkehren treffen: Einerseits wird er versuchen, in den Arbeitsverträgen ein Konkurrenzverbot sowie ein Abwerbeverbot (*Non-Solicit*) einzuführen. Andererseits wird er für eine langfristig wirkende Insentivierung besorgt sein und ein geeignetes Bonus-System einführen.

Eine detaillierte Darstellung der für ein langfristig wirkendes Bonus-System notwendigen Komponenten würde über den Rahmen dieser Darstellung hinausgehen. Angemerkt sei deshalb nur die im Hinblick auf die uns hier interessierende Übernahmesituation, dass es sehr schwierig ist für den Käufer, die notwendigen Anreize richtig zu setzen: Auf der einen Seite wird wenig sinnvoll sein, eine Bonuszahlung allein davon abhängig zu machen, dass ein Mitarbeiter während einer gewissen Zeit nach einer Übernahme im Unternehmen verbleibt. Auf der anderen Seite ist es ebenso wenig sinnvoll, den Bonus allein nach Performance-Kriterien auszurichten.

Der Käufer muss also einen geeigneten Mix aus einer Verbleibprämie und einer Leistungsprämie anbieten, um sicherstellen zu können, dass das Management der Zielgesellschaft nach deren Übernahme motiviert mitarbeitet.

VII. Zusammenfassung

Verkäufer, Käufer und das Management der Zielgesellschaft haben in einer Übernahmesituation verschiedene, meist gegenläufige Interessen.

Der Verkäufer muss einerseits Incentives setzen, dass das Management der Zielgesellschaft bis zum Vollzug der Transaktion im Unternehmen verbleibt, andererseits darf er nicht zu viele Zugeständnisse machen, die ihm beim Scheitern der Transaktion Flexibilität rauben oder teuer sind.

Der Käufer will entweder das Management der Zielgesellschaft sofort nach deren Erwerb entlassen können, oder er ist darauf angewiesen, dass das Management in der Zielgesellschaft verbleibt und auch nach der Übernahme motiviert und engagiert mitarbeitet.

Das Management will primär Sicherheit und erhält durch die durch potentielle Übernahme geschaffene Situation neu Verhandlungsmacht, seine diesbezüglichen Forderungen durchzusetzen.

Jede Partei muss dementsprechend eine Lösung suchen, die die verschiedenen – und gegenläufigen – Interessen in der Masse berücksichtigt, wie es ihre eigene Verhandlungsmacht zulässt.