

# Die arbeitsrechtliche Due Diligence beim Unternehmenskauf

von Markus Bohnau und Heiko Langer

## Zweiter Teil: Rechtliche Schwerpunkte der Due Diligence

Im ersten Teil dieses Beitrags wurden Vorbereitung und Durchführung der Due Diligence dargestellt. Im Anschluß daran schildert der zweite Teil des Beitrags die aus Käufersicht wesentlichen rechtlichen Schwerpunkte der arbeitsrechtlichen Due Diligence.

### Inhalt der Anstellungsverhältnisse

Der Käufer eines Unternehmens interessiert sich zunächst für den Inhalt der Anstellungsverhältnisse seiner künftigen Mitarbeiter. Dabei werden in der Regel zwei Gruppen von Personen unterschieden: Zum einen die Organmitglieder (GmbH-Geschäftsführer, Vorstände einer Aktiengesellschaft etc.) und die darunter liegende Führungsebene (z.B. Abteilungsleiter), die gemeinsam häufig als Key Personnel bezeichnet werden. Die zweite Gruppe bilden die sonstigen Arbeitnehmer. Die Abgrenzung des Key Personnel von den anderen Arbeitnehmern erfolgt in der Praxis häufig nicht über die Funktion der Personen sondern über die Höhe ihrer jährlichen Bezüge. Als Key Personnel gelten dann im Einzelfall beispielsweise Personen mit einem Jahres(grund)gehalt von über DM 150.000,00.

Bei den Anstellungsverträgen des Key Personnel richtet sich das besondere Augenmerk auf Vergütungsbestandteile wie Bonuszahlungen oder Mitarbeiterbeteiligungsprogramme, die zusätzlich zu dem festen Grundgehalt gewährt werden. Darüber hinaus profitieren Führungskräfte häufig von Fringe Benefits, wie Arbeitgeberbeiträgen zu zusätzlichen privaten Altersvorsorgeversicherungen. Überprüft werden ferner die Kündigungsfristen der Anstellungsverträge sowie das Vorliegen

und die Wirksamkeit von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten.

Bei den anderen Arbeitnehmern geht es in erster Linie um die Erfassung der Eckpunkte der Anstellungsverhältnisse. Bei Unternehmen der Old Economy werden die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit, der Umfang des jährlichen Urlaubsanspruchs und die Kündigungsfristen regelmäßig durch Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge geregelt. Letztere sehen häufig Beschränkungen der Kündigungsmöglichkeiten bei älteren Arbeitnehmern vor. Für den Käufer sind auch statistische Angaben zur Altersstruktur und der durchschnittlichen Anzahl der jährlichen Krankentage der Belegschaft von Interesse. Zudem werden regelmäßig Angaben zu Anzahl und Umfang von Teilzeit-Anstellungsverträgen sowie der zu Anzahl und Dauer der befristeten Arbeitsverhältnisse erfragt. Bei Unternehmen der New Economy besteht häufig für viele oder alle Arbeitnehmer ein Mitarbeiterbeteiligungsprogramm, mit dem eine langfristige Bindung der Mitarbeiter an das Unternehmen angestrebt wird. Hier sind zudem Geheimhaltungspflichten und Wettbewerbsverbote von besonderer Bedeutung.

### Betriebsübergang

Werden bei dem Unternehmenskauf nicht die Anteile an dem Unternehmen erworben (so genannter Share Deal), sondern dessen Vermögensgegenstände oder ein Teil davon (so genannter Asset Deal), liegt in der Regel ein Betriebsübergang gemäß § 613a Bürgerliches Gesetzbuch vor. Gesetzliche Rechtsfolge ist der Übergang der Arbeitsverhältnisse der von dem

Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer auf den Betriebserberwerber.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat der im übergehenden Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer ein Widerspruchsrecht gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses. Übt der Arbeitnehmer sein Widerspruchsrecht aus, bleibt sein Arbeitsverhältnis mit dem Betriebsveräußerer aufrechterhalten. Die Frist für die Ausübung des Widerspruchsrechts beträgt nach dem Bundesarbeitsgericht drei Wochen ab Unterrichtung des Arbeitnehmers vom Betriebsübergang. Die rechtzeitige Unterrichtung der Arbeitnehmer von dem bevorstehenden Betriebsübergang ist für den Betriebserberwerber unter anderem dann von Bedeutung, wenn der Übergang der Arbeitsverhältnisse wegen des Know-how der Beschäftigten für den Wert des Unternehmens entscheidend ist. Im Rahmen der arbeitsrechtlichen Due Diligence ist daher festzustellen, ob der Betriebsveräußerer die Arbeitnehmer über den bevorstehenden Betriebsübergang rechtzeitig informiert hat und ob wichtige Arbeitnehmer dem Betriebsübergang widersprochen haben.

Bei dem Betriebsübergang tritt der neue Betriebsinhaber in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Durch den gesetzlichen Vertragspartnerwechsel auf Arbeitgeberseite wird der neue Betriebsinhaber Schuldner aller Verbindlichkeiten aus dem übergebenen Arbeitsverhältnis. Dies gilt auch für Verbindlichkeiten, die vor dem Übergang entstanden sind (allerdings nicht für rückständige Sozialversicherungsbeiträge oder Lohnsteuer). Der Betriebserberwerber hat daher beispielsweise Urlaubsansprüche oder Freizeitabgeltungsansprüche der übergegangenen Arbeitnehmer zu erfüllen. Daher empfiehlt sich bei der Due Diligence die Überprü-

fung von Urlaubs- und Überstundenguthaben der übergehenden Arbeitnehmer.

## Betriebliche Altersversorgung

Einen Schwerpunkt der arbeitsrechtlichen Due Diligence bildet häufig die betriebliche Altersversorgung des überprüften Unternehmens. Die Bedeutung dieses Bereichs besteht in den erheblichen Risiken, die mit der Übernahme der betrieblichen Altersversorgung durch den Käufer verbunden sein können. Diese Risiken betreffen einerseits das rein finanzielle Volumen der Verpflichtungen aus der betrieblichen Altersversorgung. Sie ergeben sich andererseits daraus, dass die Verpflichtungen aus der betrieblichen Altersversorgung weit in die Zukunft reichen und ein Unternehmen dauerhaft belasten können.

Im Rahmen der Due Diligence ist zunächst festzustellen, welche Systeme der betrieblichen Altersversorgung in dem überprüften Unternehmen bestehen. Hier



**MARKUS BOHNAU**

ist Rechtsanwalt der internationalen Sozietät Lovells Boesebeck Droste. Er leitet das Dezernat Arbeitsrecht im Düsseldorfer Büro. Das Tätigkeitsfeld von Markus Bohnau umfasst die Beratung sowie Prozessvertretung deutscher und internationaler Unternehmen in allen Fragen des Individual- und Kollektivarbeitsrechts. Zu seinen Spezialgebieten gehört insbesondere die Beratung bei personellen Umstrukturierungen im Zusammenhang mit Unternehmenskäufen. Zudem tritt er als Referent und Autor zu verschiedenen arbeitsrechtlichen Themen in Erscheinung und ist Lehrbeauftragter der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

kann zunächst zwischen unmittelbarer und mittelbarer Versorgungszusage unterschieden werden. Eine unmittelbare Versorgungszusage (auch „Direktzusage“) liegt vor, wenn sich der Arbeitgeber verpflichtet, die Versorgungsleistungen ohne Zwischenschaltung eines selbständigen Versorgungsträgers selber an den Versorgungsberechtigten (d.h. den Arbeitnehmer) zu zahlen. Demgegenüber spricht man in allen Fällen, in denen sich der Arbeitgeber zur Leistungsgewährung eines rechtlich selbständigen Versorgungsträgers bedient, von einer mittelbaren Versorgungszusage. Als rechtlich selbständige Versorgungsträger kommen ein Versicherungsunternehmen, eine Pensionskasse oder eine Unterstützungskasse in Frage.

Häufig bestehen in einem Unternehmen mehrere Durchführungsformen der betrieblichen Altersversorgung nebeneinander. Dies beruht entweder auf einer Ablösung eines Systems durch ein zweites, wobei die aus dem ersten System begünstigten Arbeitnehmer ihre Ansprüche aus diesem System wegen gesetzlicher Vorschriften (so genannte Unverfallbarkeit der Ansprüche nach dem Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung) oder aufgrund vertraglicher Regelungen (häufig auch Betriebsvereinbarungen) behalten. In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob die Schließung eines Systems der betrieblichen Altersversorgung rechtswirksam erfolgt ist. Andernfalls können Arbeitnehmer Ansprüche aus der ursprünglichen Altersversorgung geltend machen. Es können aber auch mehrere Durchführungswege gleichzeitig praktiziert werden. Beispielsweise können Führungskräfte durch eine zusätzliche betriebliche Altersversorgung besonders begünstigt werden. Schließlich können neben den unternehmensinternen auch tarifvertraglich vorgesehene Altersversorgungssysteme Anwendung finden.

Der Käufer eines Unternehmens muss wissen, mit welchen finanziellen Belastungen aus der betrieblichen Altersversorgung er zu rechnen hat. Damit stellt sich die Frage der finanziellen Bewertung der betrieblichen Altersversorgung. In der Praxis wird dabei häufig zunächst auf Gutachten zurückgegriffen, die für die Zwecke der Ermittlung der Höhe der steu-



**HEIKO LANGER**

ist Rechtsanwalt im Düsseldorfer Büro der internationalen Sozietät Lovells Boesebeck Droste und auf das Gebiet des Arbeitsrechts spezialisiert. Er berät deutsche und internationale Unternehmen in allen Fragen des Arbeitsrechts. Zu seinen Tätigkeitsschwerpunkten zählen insbesondere die Beratung bei der Vorbereitung und Durchführung von internationalen Unternehmenskäufen und Fragen der betrieblichen Altersversorgung.

erlich zulässigen Rückstellungen im Rahmen des Jahresabschlusses von externen Gutachtern erstellt werden. Diese Gutachten weisen in der Regel auch die Höhe der Ansprüche der einzelnen Arbeitnehmer aus und sind daher auch dann für die Bewertung der Altersversorgungsverbindlichkeiten nützlich, wenn bei einem Asset Deal nicht alle Arbeitnehmer des Veräußerers auf den Erwerber übergehen. Die im Jahresabschluss ausgewiesenen Rückstellungen erfassen aber nicht notwendigerweise alle Verbindlichkeiten aus der betrieblichen Altersversorgung. Wird die Altersversorgung beispielsweise über eine nicht rückgedeckte Unterstützungskasse abgewickelt und weist diese eine Deckungslücke auf, können hier erhebliche Risiken für den Erwerber bestehen.

## Rechtsstreitigkeiten

Im Rahmen der Due Diligence werden regelmäßig Informationen über Rechtsstreitigkeiten mit Arbeitnehmern angefordert. Außerdem wird nach abgeschlossenen und anhängigen Verfahren mit dem Betriebsrat (vor der Einigungsstelle oder den Arbeitsgerichten) gefragt. Letztere sind ein wichtiger Indikator für das Verhältnis zwischen Unternehmensleitung und Betriebsrat. Schließlich stellt sich die Frage nach Streiks, Arbeitsniederlegungen oder sonstigen Auseinandersetzungen mit der Belegschaft.

## Verarbeitung der gewonnenen Erkenntnisse

Der Käufer wird durch den Due Diligence Report über die gewonnenen Erkenntnisse informiert und insbesondere auf bestehende oder mögliche Risiken aufmerksam gemacht. Der Report enthält in der Regel bereits Hinweise, welche Risiken in dem Unternehmenskaufvertrag abgesichert werden sollten.

In Betracht kommen beispielsweise Zusicherungen über die Höhe der Verbindlichkeiten aus der betrieblichen Altersversorgung. Diese Verbindlichkeiten werden auch bei der Kaufpreisermittlung (und ggf. durch die Aufnahme einer Kaufpreisanpassungsklausel) berücksichtigt. Dabei stellt sich die Frage des Bewertungsmaßstabs für die Verpflichtungen aus der betrieblichen Altersversorgung. Die steuerlich zulässigen Rückstellungen deutscher Unternehmen werden nach § 6a Einkommensteuergesetz ermittelt. Insbesondere bei internationalen Transaktionen wird aber zur Bewertung der Rückstellungen in der Regel auf internationale Maßstäbe (z.B. FAS 87, US GAAP) zurückgegriffen, die zu wesentlich höheren Beträgen führen als die deutschen Vorschriften.

Hat die Due Diligence bei einem Asset Deal Unsicherheiten bezüglich der Anzahl der dem Betrieb oder Betriebsteil zuzuordnenden Arbeitnehmer ergeben, kann im Einvernehmen zwischen Erwerber und Veräußerer ein Höchstzahl von Arbeitnehmern festgelegt werden, die im Rahmen des Betriebsübergangs auf den Erwerber übergehen sollen. Für die bei Überschreitung der Höchstzahl entstehenden Kosten ist dann eine Haftungsregelung zu Lasten des Veräußerers vorzusehen. Bei Betriebsübergängen empfiehlt sich zudem eine Regelung zur Haftungsverteilung zwischen Veräußerer und Erwerber bezüglich der Ansprüche der übergehenden Arbeitnehmer aus ihren Anstellungsverträgen. Hier kann zum Beispiel geregelt werden, dass der Veräußerer im Innenverhältnis zum Erwerber für alle Verbindlichkeiten haftet, die im Zeitraum vor dem Betriebsübergang entstanden sind. ◆