

# Arbeitsrecht im Rahmen eines Unternehmenskaufes

Von Dr. Christine Gömöry, Köln\*

In Heft 2/2015<sup>1</sup> wurde bereits auf die enorme Bedeutung von Grundwissen zum Ablauf eines Unternehmenskaufs für wissenschaftliche Mitarbeiter, Referendare und Berufseinsteiger hingewiesen. Sie werden häufig in Transaktionen eingebunden, so dass es in jedem Falle ratsam ist, einen Überblick über den Prozess zu haben und auch ein Gefühl für typische Fragestellungen und Probleme zu entwickeln, um im „Ernstfall“ die vom Vorgesetzten erhaltenen Aufgaben richtig einordnen und mit einer sachgerechten Lösung punkten zu können. Der folgende Beitrag legt den Fokus auf typische arbeitsrechtliche Probleme, mit denen im Rahmen der Due Diligence, also der sorgfältigen Prüfung der Zielgesellschaft durch den Kaufinteressenten, der Vertragsgestaltung sowie der Integration der erworbenen Gesellschaft in die Strukturen des Erwerbers zu rechnen ist. Zudem zeigt dieser Beitrag auf, dass das Arbeitsrecht – entgegen der unter Studenten oftmals verbreiteten Annahme, es gehe nur um Kündigungen – eine Vielzahl weiterer Fragestellungen beinhaltet, die von größter Praxisrelevanz sind und hier erweiterte Grundkenntnisse bei der praktischen Tätigkeit durchaus von Vorteil sind.

## I. Vorbemerkung

Dem Arbeitsrecht kommt für ein Unternehmen eine besonders hohe wirtschaftliche Bedeutung zu, stellen doch Gehaltszahlungen sowie die Lohnnebenkosten einen der wichtigsten Kostenblöcke in Unternehmen dar.<sup>2</sup> Neben den Kosten ist auch das Interesse des Erwerbers eines Unternehmens, besonders wichtige Mitarbeiter der Zielgesellschaft „an Bord“ zu behalten, zu betonen. Freilich darf auch der persönliche Eindruck des Erwerbers von betrieblichem Klima, der Motivation und Leistungsfähigkeit der Mitarbeiter sowie vom Verhältnis zwischen Geschäftsleitung und einem eventuell vorhandenen Betriebsrat nicht unterschätzt werden. Dieser wichtige Aspekt lässt sich nur schwerlich niederschreiben, sondern erfordert einen Vor-Ort-Besuch, der auch ein Gespräch mit der Personalleitung beinhalten kann – ein besonderes Augenmerk muss hier auf die Frage, ob dies aus Geheimhaltungsgesichtspunkten gestattet ist, gelegt werden.

## II. Unterscheidung Share Deal/Asset Deal

Typischerweise wird bereits in einem frühen Stadium die Transaktionsstruktur festgelegt, deren Grundverständnis für jeden an der Transaktion Beteiligten unerlässlich ist. Zu unterscheiden ist, ob der Erwerb des Unternehmens oder Teilen davon im Wege eines Asset oder eines Share Deals erfolgen soll. Oftmals geben die steuerlichen Auswirkungen des Un-

ternehmenskaufs sowie Haftungsrisiken den Ausschlag für die Entscheidung<sup>3</sup>.

### 1. Asset Deal

Bei einem Asset Deal tritt die Gesellschaft selbst als Verkäufer auf, veräußert einzelne Vermögensgegenstände und überträgt Verträge sowie Verbindlichkeiten auf den Erwerber. Arbeitsrechtlich von Bedeutung ist an dieser Stelle § 613a BGB, der festlegt, dass bei dem Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils der neue Inhaber in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen eintritt. Wenn feststeht, dass Arbeitsverhältnisse gem. § 613a BGB auf den Erwerber übergehen, ist es für diesen wichtig, über die wirtschaftlichen Folgen und Risiken des Übergangs sowie über die sonstigen Bedingungen der Arbeitsverträge informiert zu werden. An dieser Stelle wird neben der Frage, ob im konkreten Einzelfall ein Betriebsübergang vorliegt, unter anderem eine saubere Prüfung der Arbeitsverträge vorzunehmen sein, siehe unten unter III. 2.

### 2. Share Deal

Demgegenüber werden beim Share Deal (alle oder ein gewisser Prozentsatz der) Anteile an dem Zielunternehmen („Target“) durch den oder die Gesellschafter veräußert. Es folgt somit lediglich ein Wechsel im Gesellschafterkreis der Zielgesellschaft und die arbeitsrechtliche Zuordnung der Arbeitnehmer ändert sich nicht – sie bleiben bei der Zielgesellschaft beschäftigt, ein Betriebsübergang findet nicht statt. Hier besteht gleichermaßen ein Interesse des Erwerbers an einer umfassenden Information über die Arbeitsverhältnisse und eventueller Risiken, um den Wert der zu erwerbenden Beteiligung abschätzen zu können.

## III. Arbeitsrecht in der Due Diligence

### 1. Begriff und Funktion einer Due Diligence

Eine Due Diligence stellt eine umfassende Prüfung („prospektive Risikoprüfung“<sup>4</sup>) der Zielgesellschaft dar, bei der vor allem mögliche Risiken, die durch die Durchführung der Transaktion (mittelbar) auf den Erwerber übergehen würden, identifiziert werden. Der Käufer versucht durch diese Prüfung des Unternehmens den Informations- und Wissensvorsprung des Verkäufers zu reduzieren<sup>5</sup> und die Wahrscheinlichkeit eines Fehlkaufes – der wegen der herausragenden Bedeutung eines Unternehmenserwerbs tunlichst zu vermeiden ist – zu minimieren.<sup>6</sup> Als weitere wichtige Funktionen

\* Die Autorin ist Rechtsanwältin und Leiterin des Studiengangs „Wirtschaftsrecht“ an der Hochschule Fresenius in Köln.

<sup>1</sup> Gömöry, ZJS 2015, 153.

<sup>2</sup> Stratz/Hettler, in: Hettler/Stratz/Hörtnagl, Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2013, § 1 Rn. 16; Uhl, in: Hettler/Stratz/Hörtnagl, Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2013, § 9 Rn. 8.

<sup>3</sup> Osnabrücke, INF 2007, 151 (152).

<sup>4</sup> Hörtnagl/Zwirner, in: Hettler/Stratz/Hörtnagl, Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2013, § 2 Rn. 1.

<sup>5</sup> Beisel/Klumpp, Der Unternehmenskauf, 5. Aufl. 2006, S. 31.

<sup>6</sup> Hörtnagl/Zwirner (Fn. 4), § 2 Rn. 2.

sind vor allem die Überprüfung der bewertungs- und somit kaufpreisrelevanten Faktoren des Zielunternehmens, die Ermittlung einer Grundlage für den in den Unternehmenskaufvertrag aufzunehmenden Garantiekatalog sowie das Ziel, eine optimale Transaktionsstruktur zu ermitteln, zu nennen.<sup>7</sup> Zudem kann eine arbeitsrechtliche Due Diligence offenlegen, welche Restrukturierungsmöglichkeiten bestehen oder Probleme, die im Rahmen einer unter Umständen geplanten Restrukturierung auftreten können, so rechtzeitig aufzeigen, dass andere Gestaltungsmöglichkeiten in Erwägung gezogen werden.<sup>8</sup> „Worst case“ ist die Identifizierung sog. „Deal Breaker“, also besonders gravierender, für den Erwerber nicht akzeptabler Risiken, die nicht beseitigt werden können und somit zum Scheitern des Kaufvorhabens führen.<sup>9</sup> Als Arbeitsergebnis der Due Diligence wird dem Kaufinteressenten (also aus Anwaltssicht dem Mandanten) eine Due Diligence Report zur Verfügung gestellt, der die aufgedeckten Risiken („Findings“) und Hinweise, wie mit diesen umgegangen werden sollte, anführt. Daneben sollten in dem Due Diligence Report auch Umstände, die angefragt aber nicht aufgeklärt werden konnten und somit eine gewisse Unsicherheit bergen, offengelegt werden. Sofern der Mandant mit dem deutschen Arbeitsrecht nicht vertraut ist, sind die arbeitnehmerschützenden Regelungen unseres Arbeitsrechts gegebenenfalls zu betonen – gerade das deutsche Kündigungsschutzrecht ist Investoren aus dem US-amerikanischen Raum teilweise schwer vermittelbar.

## 2. Typische arbeitsrechtliche Fragestellungen

Die Personalsituation der Zielgesellschaft wird einer ausführlichen Prüfung unterzogen, bei der oftmals eine Einbindung von Referendaren, wissenschaftlichen Mitarbeitern und Berufseinsteigern erfolgt.

### a) Anforderung von Informationen und Dokumenten

Durch eine „Document Request List“ werden vom Verkäufer Informationen angefragt, auf deren Basis die Due Diligence durchgeführt wird. Diese Dokumente werden in einen virtuellen Datenraum, für den die Berater des Kaufinteressenten Zugangsdaten erhalten, eingestellt. Angefordert werden im Bereich Arbeitsrecht in der Regel folgende Dokumente<sup>10</sup> (wobei freilich in jedem Einzelfall die folgende Liste kritisch überprüft und gegebenenfalls zu kürzen oder zu ergänzen ist – „schlechte“ Anforderungslisten können ein gutes Verhandlungsklima schnell ins Gegenteil verkehren und einen zeit- und kostenintensiven Mehraufwand zur Folge haben):

- Liste der Arbeitnehmer sowie leitender Angestellter mit Angabe von Alter, Eintrittsdatum, Funktion, Vergütung

<sup>7</sup> Hörtnagl/Zwirner (Fn. 4), § 2 Rn. 4-9.

<sup>8</sup> Sandmann, in: Beisel/Andreas, Due Diligence, 2. Aufl. 2010, § 20 Rn. 1.

<sup>9</sup> Hörtnagl/Zwirner (Fn. 4), § 2 Rn. 10 mit Beispielen für typische Deal Breaker.

<sup>10</sup> Vgl. hierzu auch beispielsweise die Liste bei Beisel/Klumpp, Der Unternehmenskauf, 6. Aufl. 2009, § 20 Rn. 27.

sowie Angaben über besonderen Bestandsschutz; Informationen über Voll- oder Teilzeitbeschäftigung

- Arbeits- und Dienstverträge über [...] Euro (der genaue Betrag ist nach den Verhältnissen des Unternehmens zu bestimmen, oftmals ist ein Betrag zwischen 50.000 und 70.000 € sachgerecht) sowie Musterverträge für Arbeitnehmer, befristet angestellte Arbeitnehmer, Teilzeitbeschäftigte, freie Mitarbeiter etc.
- Liste mit allen sonstigen Vereinbarungen bezüglich Gewinn- und Umsatzbeteiligungen sowie sonstiger Bezüge
- Verträge mit Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern bzw. Geschäftsführern
- Angaben zu allen Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen
- Angaben zu allen Vertragsverhältnissen mit möglichen Verpflichtungen nach § 89 HGB
- Beraterverträge
- Informationen zu bereits ausgesprochenen oder bevorstehenden Kündigungen
- Informationen zu arbeitsrechtlichen Rechtsstreiten.

Daneben ist es für die Gewinnung eines Überblicks über die Zielgesellschaft sinnvoll, Organisationspläne sowie Organigramme anzufordern, aus denen sich Verantwortungsbereiche ergeben. Hilfreich für ein Grundverständnis sind zudem Informationen über die Entwicklung des Personalbestandes in den vergangenen Jahren inklusive Angaben über die Fluktationsrate.<sup>11</sup> Auch Angaben zu einem eventuell auffälligen Krankenstand sind meist für den Erwerber interessant.<sup>12</sup>

### b) Betriebsübergang

#### aa) Bedeutung des Betriebsübergangs

Soll ein Asset Deal erfolgen, ist die Frage nach dem Vorliegen eines Betriebsübergangs mit der Folge des Übergangs der Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber gem. § 613a BGB von essentieller Bedeutung. Im Falle eines Übergangs wird der Erwerber verpflichtet, die Arbeitsleistung der übergegangenen Arbeitnehmer entgegenzunehmen und ihre Ansprüche (Lohn, Urlaub etc.) zu erfüllen. Hinzuweisen ist ferner darauf, dass der Erwerber auch in bereits entstandene Ansprüche der übergegangenen Arbeitnehmer eintritt. Veräußerer und Erwerber haften gem. § 613a Abs. 2 BGB im Außenverhältnis gegenüber den Arbeitnehmern gesamtschuldnerisch für diejenigen Ansprüche, die innerhalb eines Jahres beginnend an dem Tag des Übergangs geltend gemacht werden. Zwar kann im Kaufvertrag im Innenverhältnis eine Haftung des Veräußerers für derartige Alt-Ansprüche der Arbeitnehmer vereinbart werden, jedoch sind hier die oftmals vereinbarten Haftungsausschlüsse und Haftungsbegrenzungen genau zu beachten.<sup>13</sup> Zudem trägt der Erwerber, der für die übergegangenen Verpflichtungen gegenüber den Arbeitnehmern unmittelbar haftet, selbst bei einer im Kaufvertrag ver-

<sup>11</sup> Sandmann (Fn. 8), § 20 Rn. 5, 7.

<sup>12</sup> Sandmann (Fn. 8), § 20 Rn. 7.

<sup>13</sup> Siehe hierzu Gömöry, ZJS 2015, 153 (156).

einbarten Freistellung durch den Verkäufer dessen Insolvenzrisiko.

#### *bb) Vorliegen eines Betriebsübergangs*

Die Frage, ob ein Betriebsübergang vorliegt und wie die Rechtsfolgen durch geeignete Maßnahmen umgangen werden können, ist von größter Komplexität geprägt und wird wohl nur selten durch einen Berufseinsteiger abschließend zu klären sein. Um ein Grund- und Problemverständnis hierfür zu erhalten, sollte man sich mit den vom EuGH entwickelten Kriterien<sup>14</sup>, dem sogenannten „Sieben-Punkte-Katalog“, sowie einschlägiger Literatur<sup>15</sup> vertraut machen.

#### *cc) Übergang von Arbeitsverhältnissen*

Hinzuweisen ist darauf, dass von dem Übergang lediglich Arbeitsverhältnisse und nicht etwa Rechtsverhältnisse mit Organmitgliedern juristischer Personen – also Vorständen und Geschäftsführern – erfasst sind, da diesen ein Dienstvertrag zugrunde liegt.<sup>16</sup> Wird eine Weiterbeschäftigung durch den Erwerber angestrebt, sind hierzu gesonderte Verhandlungen mit den jeweiligen Personen erforderlich. Auch Verträge mit Beratern oder freien Mitarbeitern gehen nicht auf den Erwerber über – anders ist dies freilich bei den sogenannten „Scheinselbstständigen“, was zu vor allem finanziell unschönen Überraschungen führen kann<sup>17</sup>, siehe unten unter III. 2. f).

Verträge mit Handelsvertretern gehen, da sie keine Arbeitnehmer sind, ebenfalls nicht nach § 613a BGB über. Sind sie für die Aufrechterhaltung der Vertriebsstruktur wichtig, sollte sich der Erwerber mit dem Handelsvertreter über eine Aufrechterhaltung der Beziehung in Verbindung setzen. Risikobehaftet für den Veräußerer sind in diesem Zusammenhang mögliche Ausgleichsansprüche des Handelsvertreters nach § 89b HGB<sup>18</sup>.

Im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang sollte noch auf eine weitere praxisrelevante Schwierigkeit hingewiesen werden, und zwar auf die der Zuordnung von Arbeitnehmern, sofern nur ein Betriebsteil auf den Erwerber gem. § 613a BGB übergeht. Grundsatz ist, dass nur diejenigen Arbeitsverhältnisse übergehen, die dem übergehenden Betriebsteil zugeordnet sind. Mitarbeiter in der Verwaltung oder in Querschnittsbereichen wie beispielsweise Personal, Buchhaltung, IT werden danach zugeordnet, wo der absolute oder zumin-

dest relative Arbeitsplatzschwerpunkt ist<sup>19</sup> – genaue Kriterien für die Ermittlung des Schwerpunktes sind jedoch noch nicht vorhanden.<sup>20</sup>

Die Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen sowie Tarifverträgen sollte im Falle eines Betriebsübergangs ebenfalls genau geprüft werden.<sup>21</sup>

#### *dd) Unterrichtungsschreiben*

Nach § 613a Abs. 5 BGB sind die von dem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer über den (geplanten) Zeitpunkt, den Grund, die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs sowie über die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht gestellten Maßnahmen in Textform zu unterrichten. Die Unterrichtung erfolgt durch den bisherigen Arbeitgeber oder den neuen Inhaber. Für solche Unterrichtungsschreiben gibt es Muster, die jedoch kritisch überprüft und genau auf den Einzelfall angepasst werden müssen. Hier ist eine sorgfältige Zusammenarbeit von Veräußerer und Erwerber erforderlich. Nach Zugang eines ordnungsgemäßen Unterrichtungsschreibens hat jeder Arbeitnehmer gem. § 613a Abs. 6 BGB die Möglichkeit, dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats zu widersprechen.

Ein unrichtiges Unterrichtungsschreiben gem. § 613a Abs. 5 BGB kann fatale Folgen haben wie beispielhaft der BenQ-Fall zeigt: Der Erwerber wurde insolvent und die auf ihn übergegangenen Arbeitnehmer konnten sich auf die Fehlerhaftigkeit des Unterrichtungsschreibens berufen – mit der Folge, dass die Arbeitnehmer dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber auch noch mehr als ein Jahr nach dem Zugang des Schreibens widersprechen konnten und noch beim Veräußerer beschäftigt waren.<sup>22</sup> Ein fehlerhaftes Unterrichtungsschreiben setzt nämlich die genannte Widerspruchsfrist des Arbeitnehmers von einem Monat nach Zugang der Unterrichtung nicht in Gang, so dass dieser bis zur Grenze der Verwirkung möglich bleibt. Dies verdeutlicht die Bedeutung eines fehlerfreien Unterrichtungsschreibens.

#### *c) Inhalt der Dienst- und Arbeitsverträge*

Bei Arbeits- und Dienstverträgen geht es primär um die Aufdeckung der von der Zielgesellschaft gewährten Leistungen und besonders kostenintensiver Klauseln.<sup>23</sup>

Besonderes Augenmerk ist in der Due Diligence ferner auf die Überprüfung der Dienstverträge mit den unternehmensleitenden Personen, insbesondere den Organen, zu rich-

<sup>14</sup> EuGH, Urt. v. 12.2.2009 – C-466/07; BAG, Urt. v. 17.12.2009 – 8 AZR 1019/08.

<sup>15</sup> Aus der Ausbildungsliteratur sei hier beispielsweise genannt: *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 14. Aufl. 2015, Rn. 134 ff.; eine praxisgerechter Überblick findet sich auch bei *Uhl* (Fn. 2), § 9 Rn. 33 ff.

<sup>16</sup> *Uhl* (Fn. 2), § 9 Rn. 89 f. mit dem zutreffenden Hinweis darauf, dass ggf. ein früherer Arbeitsvertrag mit einem Mitarbeiter, der zum Geschäftsführer bestellt wird, noch in Form eines ruhenden Arbeitsverhältnisses bestehen kann.

<sup>17</sup> *Uhl* (Fn. 2), § 9 Rn. 93.

<sup>18</sup> *Uhl* (Fn. 2), § 9 Rn. 94b.

<sup>19</sup> BAG, Urt. v. 22.7.2004 – 8 AZR 350/03.

<sup>20</sup> Eine gute Darstellung unter Hinweis auf Rechtsprechung und Literatur findet sich bei *Uhl* (Fn. 2), § 9 Rn. 97 ff.

<sup>21</sup> Hier sei auf die einschlägige Literatur zu § 613a BGB verwiesen; siehe hierzu beispielsweise *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016, § 613a BGB Rn. 111 ff.

<sup>22</sup> Siehe hierzu BAG, Urt. v. 23.7.2009 – 8 AZR 538/08 sowie [http://www.manager-magazin.de/unternehmen/it/a-63790\\_0.html](http://www.manager-magazin.de/unternehmen/it/a-63790_0.html) (22.3.2016).

<sup>23</sup> *Sandmann* (Fn. 8), § 20 Rn. 9.

ten.<sup>24</sup> Möglicherweise ist es für den Erwerber wichtig, sich rasch von Leitungspersonen zu trennen, um eine eigene Führungsriege zu etablieren, so dass die rechtliche Möglichkeit einer Trennung sowie die damit verbundenen Kosten frühzeitig erkennbar werden sollen.<sup>25</sup> Daneben ist die Kenntnis des Erwerbers von wesentlichen Vertragsbestandteilen im Falle des Fortbestands der Verträge wichtig.

Für einen Großteil der Arbeitnehmer können vom Verkäufer, insbesondere bei Unternehmen mit einer hohen Zahl an Mitarbeitern, Musterarbeitsverträge bereitgestellt werden, die dann einer kritischen Prüfung unterzogen werden. Oftmals ist an dieser Stelle zu prüfen, ob einzelne arbeitsvertragliche Regelungen einer AGB-Prüfung standhalten. Beispielsweise seien hier die mögliche Unwirksamkeit einer Klausel zur pauschalen Abgeltung von Überstunden<sup>26</sup> sowie möglicherweise unwirksame Ausschlussklauseln<sup>27</sup> genannt<sup>28</sup>. Auch Vereinbarungen über Wettbewerbsverbote für wichtige Mitarbeiter sollten einer rechtlichen Prüfung unterzogen werden.<sup>29</sup> Im Zusammenhang mit einer AGB-rechtlichen Prüfung ist eine genaue Durchsicht der aktuellen Rechtsprechung und Literatur dringend erforderlich. Gleiches gilt auch für Klauseln, die AGG-rechtlich bedenklich sind.

Der weitere Fokus bei einer Überprüfung der Dienst- und Arbeitsverträge im Rahmen einer Due Diligence liegt insbesondere auf der Ermittlung der Dauer der Beschäftigung, der Kündigungsfristen<sup>30</sup> bzw. bei befristeten Verträgen der Restlaufzeit, des Bestehens von Change-of-Control Klauseln<sup>31</sup> sowie der Entgeltansprüche (feste und variable Vergütungs-

<sup>24</sup> Hörnagl/Zwirner (Fn. 4), § 2 Rn. 167.

<sup>25</sup> Hörnagl/Zwirner (Fn. 4), § 2 Rn. 167.

<sup>26</sup> Zu den Grenzen bei Regelungen zur pauschalen Abgeltung von Überstunden siehe Wahling, in: Grobys/Panzer, Stichwortkommentar zum Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2014, Stichwort „Überstunden/Mehrarbeit“.

<sup>27</sup> Zur Inhaltskontrolle von Ausschlussfristen in Formulararbeitsverträgen siehe beispielsweise Schönhof, in: Grobys/Panzer, Stichwortkommentar zum Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2014, Stichwort „Ausschlussfristen“.

<sup>28</sup> Weitere Hinweise zu typischen Klauseln und ihrer (Un-)Wirksamkeit finden sich bei Preis (Fn. 21), §§ 305-310 BGB Rn. 51 ff.

<sup>29</sup> Relevant ist neben der Frage, ob überhaupt ein Wettbewerbsverbot besteht, die Prüfung der Wirksamkeit eines solchen Verbots. Fokus ist hier auf Schriftform, Einhaltung der zeitlichen, räumlichen sowie inhaltlichen Grenzen sowie auf die Angemessenheit der Karenzentschädigung zu richten.

<sup>30</sup> Hier ist zu klären, ob Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung mit ihren Kündigungsfristen Anwendung finden, ob der Arbeitsvertrag Kündigungsfristen benennt oder ob § 622 BGB einschlägig ist.

<sup>31</sup> Unter „Change-of-Control-Klauseln“ versteht man Klauseln, die die Rechtsfolge im Falle eines Kontrollwechsels regeln. Teilweise sind hier Sonderkündigungsrechte vorgesehen, die im Due Diligence Report genannt werden müssen und für den Erwerber insbesondere bei Organpersonen und anderen Schlüsselmitarbeitern wegen des Kündigungsrisikos von Bedeutung sind.

bestandteile)<sup>32</sup>. Auch ein vertraglicher Anspruch auf die Zurverfügungstellung eines Dienstwagens, Lebens- oder Direktversicherungen kann nennenswerte finanzielle Folgen mit sich bringen, über die der Erwerber informiert werden sollte.

Bei befristeten Arbeitsverträgen ist die Zulässigkeit der Befristung insbesondere nach § 14 TzBfG zu überprüfen. Im Falle einer unwirksamen Befristung hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit, diese Unwirksamkeit innerhalb einer Frist von drei Wochen gem. § 17 TzBfG geltend zu machen mit der Folge, dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht.

Neben den Arbeitsverträgen sind, sofern anwendbar, Tarifverträge und, sofern vorhanden, Betriebsvereinbarungen zu analysieren. Auch hier liegt besonderes Augenmerk auf den wirtschaftlichen Parametern wie Sonderzahlungen, Tantiemen und Gratifikationen.

Es sei auf ein mögliches Interesse des Erwerbers hingewiesen, dass bestimmte, besonders wichtige Arbeitnehmer (oft „Key Employees“ genannt; wer darunter zählt, wird meist im Zuge der Due Diligence ermittelt) nach Vollzug des Asset oder Share Deals bei ihm bzw. der Zielgesellschaft weiterarbeiten und ihr Arbeitsverhältnis nicht kündigen. In der Praxis wird diesen Key Employees oftmals eine Bleibeprämie angeboten.<sup>33</sup>

#### d) Betriebliche Übung

Die Frage, ob eine betriebliche Übung<sup>34</sup> besteht, auf die im Due Diligence Report hinzuweisen ist, lässt sich für außenstehende Berater nicht mit letzter Sicherheit beurteilen. Sie sind auf zutreffende Angaben der Zielgesellschaft angewiesen und es sollte auf eine Absicherung im Garantiekatalog des Kaufvertrages dahin gehend geachtet werden, dass nur die in einer Anlage zum Kaufvertrag angeführten betrieblichen Übungen (und somit dem Käufer bekannten) bzw. gar keine betrieblichen Übungen bestehen.

Der Bestand einer betrieblichen Übung, die Geldleistungen zum Gegenstand hat, ist für die Frage der Finanzplanung seitens des Erwerbers von wesentlicher Bedeutung, zumal dieser nicht davon ausgehen kann, eine betriebliche Übung beenden zu können.<sup>35</sup> Hat die betriebliche Übung andere Inhalte, sind diese insbesondere für die Personalplanung von Bedeutung, beispielsweise ein aus betrieblicher Übung resultierender Anspruch auf Freizeit an Brauchtumstage.

#### e) Sonderkündigungsschutz

Nach deutschem Recht genießen bestimmte Personengruppen einen Sonderkündigungsschutz, wie beispielsweise Schwerbehinderte und gleichgestellte Menschen (§ 85 SGB IX), Betriebsratsmitglieder (§ 15 KSchG), Datenschutzbeauftragte

<sup>32</sup> Hörnagl/Zwirner (Fn. 4), § 2 Rn. 167.

<sup>33</sup> Uhl (Fn. 2), § 9 Rn. 92.

<sup>34</sup> Zum Begriff siehe beispielsweise Altenburg, in: Grobys/Panzer, Stichwortkommentar zum Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2014, Stichwort „Betriebliche Übung“.

<sup>35</sup> Zu den Möglichkeiten, eine betriebliche Übung zu beenden, siehe Altenburg (Fn. 34), Stichwort „Betriebliche Übung“ Rn. 12 ff.

(§ 4f Abs. 3 S. 5 und 6 BDSG), Schwangere und Mütter nach der Entbindung (§ 9 MuSchG), Mitarbeiter in Elternzeit (§ 18 Abs. 1 S. 1 BEEG) etc. Auch solche Informationen sind für den Erwerber von Bedeutung und bedürfen einer Erwähnung im Due Diligence Report.

#### f) Freie Mitarbeiter

Das Thema „Scheinselbstständigkeit“ sollte bei der Due Diligence beachtet und auf diesbezügliche Risiken sollte hingewiesen werden. Für die Abgrenzung zwischen freiem Mitarbeiter und Arbeitnehmer sind nicht die Bezeichnung im Vertrag, sondern die tatsächlichen Gegebenheiten, also die gelebte Praxis, ausschlaggebend.<sup>36</sup> Ein Arbeitnehmer ist in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert; kennzeichnend für diese Eingliederung ist das Weisungsrecht des Arbeitgebers betreffend die Ausübung der Tätigkeit.<sup>37</sup> Diese Abhängigkeit ist zu verneinen, wenn der Mitarbeiter frei und selbstständig über Zeit, Ort, Auftraggeber und Inhalt seiner Tätigkeit entscheiden kann.<sup>38</sup>

Oftmals kann aufgrund der vom Veräußerer zur Verfügung gestellten Informationen die erforderliche Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles nicht erfolgen und somit eine Einstufung nicht rechtssicher vorgenommen werden, so dass diese Unsicherheit in den Due Diligence Report aufzunehmen ist – nebst der Risiken: Entpuppt sich ein freier Mitarbeiter<sup>39</sup> aufgrund der fehlenden Selbstständigkeit als Arbeitnehmer („Scheinselbstständigkeit“), drohen vor allem die folgenden Auswirkungen: im Falle eines Betriebsübergangs geht er wie ein Arbeitnehmer auf den Erwerber über – ein „echter“ freier Mitarbeiter ist hingegen nicht von § 613a Abs. 1 BGB erfasst – und es bestehen erhebliche Nachforderungen der Finanzämter sowie Sozialversicherungsträger hinsichtlich Lohnsteuer (§ 42d Abs. 1 Nr. 1 EStG) bzw. Sozialversicherung (§ 28e Abs. 1 SGB IV)<sup>40</sup>. Zudem gelten für die betroffenen Mitarbeiter sämtliche arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften<sup>41</sup>, wie beispielsweise erschwerte Loslö-

<sup>36</sup> Langer, in: Grobys/Panzer, Stichwortkommentar zum Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2014, Stichwort „Freie Mitarbeit“, Rn. 3.

<sup>37</sup> Langer (Fn. 36), Stichwort „Freie Mitarbeit“ Rn. 3.

<sup>38</sup> Uhl (Fn. 2), § 9 Rn. 93.

<sup>39</sup> Neben freien Mitarbeitern können beispielsweise auch Verträge mit Beratern, Handelsvertretern und mitarbeitenden Gesellschaftern der Sozialversicherungspflicht unterliegen, siehe Hoynigen-Huene, NJW 2000, 3233.

<sup>40</sup> Hingewiesen sei auf die Erhöhung des Risikos für den Erwerber durch lange Verjährungsfristen: Nachforderungen des Sozialversicherungsträgers verjähren gem. § 25 Abs. 1 S. 1 SGB IV erst nach 4 Jahren und bei Vorsatz erst in 30 Jahren. Gegenüber dem betroffenen Mitarbeiter können Rückforderungen des von ihm zu tragenden Teils des Gesamtsozialversicherungsbeitrags im Lohnabzugsverfahren lediglich für die letzten drei Monate und nach seinem Ausscheiden meist überhaupt nicht mehr geltend gemacht werden; vgl. § 28g SGB IV sowie Kreikebohm, in: Kreikebohm, Kommentar zum SGB IV, 2. Aufl. 2014, § 28g Rn. 3 f.

<sup>41</sup> Langer (Fn. 36), Stichwort „Freie Mitarbeit“ Rn. 16.

sungsmöglichkeiten infolge der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes.

#### g) Leiharbeitnehmer

Sofern die Zielgesellschaft Leiharbeitnehmer beschäftigt, ist eine Prüfung insbesondere dahin vorzunehmen, ob die erforderlichen Erlaubnisse vorliegen, eine Vergütung nach dem Grundsatz „equal pay“ erfolgt,<sup>42</sup> ob die Überlassung „vorübergehend“ im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG erfolgt etc.

#### h) Sonstiges

Auf die finanzielle Bedeutung bestehender Regelungen zur Altersversorgung sei an dieser Stelle hingewiesen. Hier erfolgt eine enge Abstimmung mit den Prüfern, die sich auf die „Financial Due Diligence“ konzentrieren. Aufgrund der Komplexität dieses Themas wird auf die Altersversorgung im Rahmen dieses Beitrags nicht näher eingegangen.

Daneben gibt es noch zahlreiche weitere Themen,<sup>43</sup> die im Rahmen einer Due Diligence zu prüfen sind. Diese ergeben sich beispielsweise aus Hinweisen in den vorgelegten Dokumenten, dem mit dem Mandanten vereinbarten Umfang der Due Diligence und den Besonderheiten der Zielgesellschaft sowie den Wünschen des Mandanten im konkreten Einzelfall.

### IV. Beteiligungs- und Unterrichtungspflichten

Im Folgenden werden einige wichtige Beteiligungs- und Unterrichtungspflichten dargestellt. Wegen der unterschiedlichen Struktur wird zwischen Share Deal und Asset Deal unterschieden. Neben den dargestellten Beteiligungsrechten können natürlich bei eventuell auf den Erwerb folgenden Restrukturierungsmaßnahmen weitere Rechte des Betriebsrats zu berücksichtigen sein. Hierbei wird nicht eingegangen auf Unterrichtungspflichten, die sich aus dem WpÜG ergeben, da diese nur für eine vergleichsweise geringe Anzahl von Unternehmenskäufen relevant ist.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> § 10 Abs. 4 AÜG verpflichtet den Verleiher, dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren. Bei einem Verstoß liegt eine Ordnungswidrigkeit gem. § 16 Abs. 1 Nr. 7a vor, die mit einer Geldbuße bis 30.000 € geahndet werden kann.

<sup>43</sup> Wie beispielsweise Regelungen zur Altersteilzeit, mögliche Verstöße gegen das AGG und Ergreifen geeigneter Maßnahmen im Sinne des § 12 AGG; ferner werden typischerweise Informationen zu Rechtstreitigkeiten der vergangenen fünf Jahre angefordert – insbesondere bei laufenden Kündigungsschutzverfahren sind hier Informationen zum Annahmeverzugslohnrisiko von Bedeutung. Auch das Bestehen von Konzernversetzungsklauseln in Arbeitsverträgen kann für den Erwerber wichtig sein, um ihm eine hohe Flexibilität einzuräumen.

<sup>44</sup> An das WpÜG muss im Falle eines Erwerbs von Wertpapieren, die zum Handel an einem organisierten Markt zuge-

## 1. Share Deal

### a) Wirtschaftsausschuss

Gem. § 106 Abs. 3 Nr. 9a, 10 BetrVG ist eine Information des Wirtschaftsausschusses des Zielunternehmens, sofern ein solcher gebildet worden ist<sup>45</sup>, erforderlich.<sup>46</sup> Das BAG begründet dies in Bezug auf die Nr. 10 damit, dass von dieser Generalklausel alle Fragen erfasst werden, die das wirtschaftliche Leben des Unternehmens in entscheidenden Punkten betreffen, sofern möglich ist, dass eine erhebliche soziale Auswirkung gegeben ist.<sup>47</sup> Seit der Einfügung des § 106 Abs. 3 Nr. 9a BetrVG durch das Risikobegrenzungsgesetz im September 2008 wird man bei einem Share Deal oft auf diese Nummer 9a abstellen, die eine Mitteilungspflicht für den Fall der Übernahme des Unternehmens vorsieht, sofern hiermit ein Kontrollerwerb verbunden ist. Nicht explizit geregelt ist, was unter „Übernahme“ und „Erwerb der Kontrolle“ zu verstehen ist. Die Grenze wird man wohl bei einem Erwerb von mindestens 50% ziehen; eine darunterliegende Beteiligung kann für einen Kontrollerwerb jedoch ausreichen, sofern beispielsweise satzungsmäßige Sonderrechte wie eine Sperrminorität oder Mehrfachstimmrechte eingeräumt werden.<sup>48</sup>

Die – unaufgeforderte<sup>49</sup> – Mitteilung muss die Tatsache der Veräußerung, den Namen des Erwerbers, eventuelle Pläne über zukünftige Unternehmenspolitik sowie eventuelle Auswirkungen auf die Arbeitnehmer enthalten, siehe § 106 Abs. 2 BetrVG. Hervorzuheben ist, dass nach der Rechtsprechung des BAG eine Vorlage des Unternehmenskaufvertrages nicht erforderlich ist, da dessen Inhalt keine wirtschaftliche Angelegenheit des Unternehmens im Sinne des § 106 Abs. 3 Nr. 10 BetrVG betreffe.<sup>50</sup> Hinzuweisen ist darauf, dass die Verhandlungen über den Abschluss des Unternehmenskaufvertrages beim Share Deal nicht mit Vorstand/Geschäftsführern erfolgen, sondern mit den Anteilseignern mit der Folge, dass von Vorstand/Geschäftsführung viele Informationen mangels Verfügbarkeit faktisch gar nicht verlangt werden

können, so dass nur über das unterrichtet werden muss, was dem Unternehmer bekannt ist.<sup>51</sup>

Nach § 106 Abs. 2 BetrVG muss die Unterrichtung „rechtzeitig“ erfolgen. Die genaue Bedeutung ist nicht abschließend geklärt.<sup>52</sup> Teilweise wird vertreten, dass eine Unterrichtung erst dann erfolgen solle, wenn der Abschluss des Unternehmenskaufvertrages kurz bevor stehe. Begründet wird dies damit, dass eine frühere Unterrichtung zum einen zu Unruhe im Unternehmen führen und zum anderen die Transaktion noch scheitern könnte.<sup>53</sup> Eine Unterrichtung hat umfassend zu sein und muss Umfang, Auswirkung sowie die Gründe für die Maßnahme erkennen lassen.<sup>54</sup> Für § 106 Abs. 3 Nr. 9a BetrVG ist die Regelung in Abs. 2 S. 2 zu beachten – es muss auch der potenzielle Erwerber genannt werden, wobei fraglich ist, wer als „potenzieller Erwerber“ einzustufen ist.<sup>55</sup>

Eine Pflicht der Anteilseigner, sich mit dem Wirtschaftsausschuss zu beraten, sieht das Gesetz nicht vor. Zwar spricht § 106 Abs. 1 BetrVG von der Aufgabe des Wirtschaftsausschusses, wirtschaftliche Angelegenheiten mit dem Unternehmer zu beraten; jedoch erfolgen die Verhandlungen über den Abschluss des Kaufvertrages nicht mit dem Unternehmer, sondern mit den Gesellschaftern, so dass eine Beratung sinnlos wäre.<sup>56</sup>

Zu beachten ist, dass der Erwerb eines Unternehmens sowohl auf Käufer- als auch auf Verkäuferseite unter § 106 Abs. 3 BetrVG fällt, so dass auf beiden Seiten der Wirtschaftsausschuss, sofern vorhanden, zu unterrichten ist.

### b) Betriebsrat

Sofern ein Fall des § 106 Abs. 3 Nr. 9a BetrVG, also der Erwerb der Kontrolle über die Zielgesellschaft, vorliegt, ist, sofern kein Wirtschaftsausschuss besteht<sup>57</sup> (in diesem Fall gilt das unter a) gesagte), der Betriebsrat gem. § 109a BetrVG entsprechend den Vorgaben des § 106 Abs. 1 und 2 BetrVG zu beteiligen und insbesondere zu unterrichten. Sofern ein Wirtschaftsausschuss besteht, erfolgt die Unterrich-

lassen sind, gedacht werden. Zu denken ist dann insbesondere an §§ 10 Abs. 5 S. 2, 3; 14 Abs. 4 S. 2, 3; 27 Abs. 3 S. 2 WpÜG.

<sup>45</sup> Ein Wirtschaftsausschuss ist bei Unternehmen mit in der Regel mehr als 100 ständig beschäftigten Arbeitnehmern zu bilden, § 106 Abs. 1 BetrVG. Dieser hat die wesentliche Aufgabe, wirtschaftliche Angelegenheiten mit dem Unternehmer zu beraten und den Betriebsrat zu unterrichten.

<sup>46</sup> BAG, Beschl. v. 22.1.1991 – 1 ABR 38/89 zu § 106 Abs. 3 Nr. 10; seit der Einfügung der Nr. 9a durch das Risikobegrenzungsgesetz im September 2008 wird man hier meist auf diese Nummer abstellen.

<sup>47</sup> BAG, Beschl. v. 22.1.1991 – 1 ABR 38/89.

<sup>48</sup> Weisser/Kefler, M&A Review 2011, 119 (120); siehe auch Annuß, in: Richardi, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 14. Aufl. 2014, § 106 Rn. 55.

<sup>49</sup> Annuß (Fn. 48), § 106 Rn. 23.

<sup>50</sup> BAG, Beschl. v. 22.1.1991 – 1 ABR 38/89.

<sup>51</sup> Kania, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016, § 106 BetrVG Rn. 6a.

<sup>52</sup> Siehe allgemein Annuß (Fn. 48), § 106 Rn. 24.

<sup>53</sup> Weisser/Kefler, M&A Review 2011, 119 (121).

<sup>54</sup> Annuß (Fn. 48), § 106 Rn. 25 ff.

<sup>55</sup> Siehe hierzu beispielsweise Annuß (Fn. 48), § 106 Rn. 26a f.: Abgabe eines bindenden Übernahmeangebots erforderlich.

<sup>56</sup> Weisser/Kefler, M&A Review 2011, 119 (121); Annuß (Fn. 48), § 106 Rn. 26e; Kania (Fn. 51), § 106 BetrVG Rn. 6a.

<sup>57</sup> In diesem Zusammenhang geht die wohl überwiegende Meinung davon aus, dass § 109a BetrVG nur dann einschlägig ist, wenn ein Wirtschaftsausschuss mangels Überschreiten der Grenze von 100 ständig beschäftigten Arbeitnehmern nicht gebildet werden kann, nicht aber, wenn er aus anderen Gründen nicht gebildet worden ist, siehe Annuß (Fn. 48), § 109a Rn. 2 m.w.N. sowie Kania (Fn. 51), § 109a BetrVG Rn. 1.

tung des Betriebsrats gem. § 106 Abs. 1 S. 2 BetrVG durch diesen.

Sofern die Veränderung im Gesellschafterbestand nicht zu betrieblichen Maßnahmen wie beispielsweise der Stilllegung von Teilbetrieben führt, liegt keine Betriebsänderung im Sinne der §§ 111 ff. BetrVG vor, so dass eine daraus resultierende Unterrichtungs- und Beratungspflicht nicht gegeben ist.<sup>58</sup>

## 2. Asset Deal

Auf das nach § 613a Abs. 5 BGB erforderliche Unterrichtungsschreiben an die Arbeitnehmer wurde bereits oben hingewiesen. Für die sorgfältige Erstellung sollte ausreichend Zeit im Prozess eingeplant werden, um den bei Fehlern drohenden Nichtbeginn der Widerspruchsfrist zu vermeiden.

### a) Wirtschaftsausschuss

Es wird auf die Ausführungen zum Share Deal verwiesen, wobei § 106 Abs. 3 Nr. 9a BetrVG nicht anwendbar, sondern auf § 106 Abs. 3 Nr. 10 BetrVG abzustellen ist.

### b) Betriebsrat

Der Übergang eines Betriebes auf einen anderen Inhaber stellt für sich genommen noch keine Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG dar und lost somit keine Unterrichtungs- und Beratungspflicht mit dem Betriebsrat aus.<sup>59</sup> Sofern sich der rechtsgeschäftliche Betriebsübergang jedoch nicht in dem bloßen Betriebsinhaberwechsel erschöpft, sondern mit Maßnahmen verbunden ist, die als solche einen der Tatbestände des § 111 BetrVG erfüllen, sind die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach §§ 111 f. BetrVG zu wahren.<sup>60</sup> Die Tatbestände ergeben sich aus dem Gesetz und den dazugehörigen Kommentierungen<sup>61</sup>; als typische Fälle seien hier die Einführung neuer Arbeitsmethoden oder Personalabbau genannt.<sup>62</sup>

Ist eine Unterrichtung des Betriebsrats danach erforderlich, muss sie „rechtzeitig und umfassend“ erfolgen. Auch hier ist ein besonderes Augenmerk auf den richtigen Zeitpunkt zu legen. Allgemein gesprochen muss die Unterrichtung so rechtzeitig erfolgen, dass dem Betriebsrat die Möglichkeit eingeräumt wird, das Ob und Wie der geplanten Betriebsänderung beeinflussen zu können. Es darf also noch nicht mit der Durchführung der Maßnahme begonnen worden sein.<sup>63</sup> In Bezug auf den Inhalt ist festzuhalten, dass Umfang, Gründe sowie die Auswirkungen der Maßnahme auf die

Arbeitnehmer erkennbar werden müssen<sup>64</sup>; auf Verlangen sind dem Betriebsrat gem. § 80 Abs. 2 S. 2 BetrVG Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Sodann hat eine Beratung mit dem Betriebsrat über die geplante Betriebsänderung zu erfolgen mit dem Ziel, einen Interessenausgleich herbeizuführen sowie einen Sozialplan abzuschließen. Falls keine Einigung zustande kommt, ist die Einigungsstelle gem. § 112 Abs. 2 BetrVG anzurufen.

<sup>58</sup> Osnabriegge, INF 2007, 151 (153); siehe auch BAG BB 1980, 679.

<sup>59</sup> Kania (Fn. 51), § 111 BetrVG Rn. 12.

<sup>60</sup> BAG BB 1980, 679.

<sup>61</sup> Beispielsweise Annuß (Fn. 48), § 111 Rn. 56 ff.; Kania (Fn. 51), § 111 BetrVG Rn. 11 ff.

<sup>62</sup> § 111 S. 3 Nr. 1, 5 BetrVG, siehe Kania (Fn. 51), § 111 BetrVG Rn. 12.

<sup>63</sup> Kania (Fn. 51), § 111 BetrVG Rn. 22; Annuß (Fn. 48), § 111 Rn. 144 ff.

<sup>64</sup> Kania (Fn. 51), § 111 BetrVG Rn. 23; Annuß (Fn. 48), § 111 Rn. 150 ff.