Sonderdruck aus

Europa Institut Zürich Band 148

Mergers & Acquisitions XVI

Herausgeber: Rudolf Tschäni

Manager und leitende Angestellte in privaten M&A-Prozessen

Urs Schenker

Schulthess §



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Rudolf Tschäni

Mergers & Acquisitions XVI

Schulthess § 2014

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2014
ISBN 978-3-7255-6996-0

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Das neue Rechnungslegungsrecht für den M&A-Anwalt – Auswirkungen auf private Aktien- oder Unternehmenskäufe 7

Prof. Dr. Rolf Watter, Rechtsanwalt, Bär & Karrer AG, Zürich, Titularprofessor für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, und
Dr. David P. Henry, Rechtsanwalt, Bär & Karrer AG, Zürich

Familieninterne Unternehmensnachfolge und M&A Transaktionen 31

Dr. Ulysses von Salis, Rechtsanwalt, Niederer Kraft & Frey AG, Zürich, und
Philipp Haas, Rechtsanwalt, Niederer Kraft & Frey AG, Zürich

Going Private durch LBO 55

Dr. Rudolf Tschäni, Rechtsanwalt, Lenz & Staehelin, Zürich, und
Hans-Jakob Diem, Rechtsanwalt, Lenz & Staehelin, Zürich

***Pacta sunt servanda* – von der Realerfüllung des Unternehmenskaufvertrags und deren prozessualer Durchsetzung** 115

Dr. Heinz Schärer, Rechtsanwalt, Homburger, Zürich, und
Dr. Balz Gross, Rechtsanwalt, Homburger, Zürich

Asiatische Investoren in M&A-Transaktionen 173

Dr. Rolf Bachmann, Managing Director, Lazard, Zürich, und
Ralph Pletscher, Analyst, Lazard, Zürich

Öffentliche Übernahmen und das revidierte Insiderhandelsverbot 201

Dr. Christian Leuenberger, Rechtsanwalt, Pestalozzi Rechtsanwälte AG, Zürich, und
Dr. Olivier Thormann, Leitender Staatsanwalt, Bundesanwaltschaft Bern, Lehrbeauftragter der Universität Freiburg

Steuerfolgen Unternehmenskauf und -verkauf 257

Prof. Dr. Pascal Hinny, Rechtsanwalt, Lenz & Staehelin, Zürich, ordentlicher Professor für Steuerrecht an der Universität Freiburg

Manager und leitende Angestellte in privaten M&A-Prozessen 301

PD Dr. Urs Schenker, Rechtsanwalt, Baker & McKenzie, Zürich

Manager und leitende Angestellte in privaten M&A-Prozessen

Urs Schenker*

Inhalt

I. Wirtschaftliche Bedeutung des Managements beim Unternehmenskauf 303
1. Management als Erfolgs- und Kostenfaktor 303
2. Das Management im Spannungsfeld der Interessen beim Unternehmenskauf 304
3. Der Wert des Managements kann sich während des Verkaufsvorgangs erheblich verändern 307
a) Zentrale Rolle bis zum Vertragsabschluss 307
b) Wesentliche Rolle beim Vollzug des Kaufs 307
c) Schwierige Position bei der Integrationsphase 307
d) Finanziell und industriell orientierte Käufer 308

II. Die vertragliche Situation des Managements beim Unternehmenskauf 308
1. Übertragung von Arbeitsverhältnissen beim Unternehmenskauf 308
a) Gesellschaftskauf (Share Deal) 309
aa) Keine Änderung des Arbeitgebers 309
bb) Fortbestand des Arbeitsverhältnisses 309
cc) Kündigung durch Manager 310
dd) Fortbestand von Konkurrenzverboten 311
b) Betriebskauf (Asset Deal) 312
aa) Zwingende Übernahme der Arbeitsverhältnisse 312
bb) Ablehnung des Übergangs 313
aaa) Ablehnungsfrist 313
bbb) Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei Ablehnung 314
ccc) Wegfall von Konkurrenzverboten 314
ddd) Übertrittsvereinbarungen zur Vermeidung der Ablehnung 315
cc) Unveränderte Geltung der Arbeitsverhältnisse 315
dd) Solidarische Haftung für Forderungen der Arbeitnehmer 317
c) Einzelübertragung von Arbeitsverhältnissen 318

* Der Autor dankt MLaw Thomas Hofer für die kritische Durchsicht und Hilfe bei den Fussnoten.

2. Der Einfluss des Unternehmensverkaufes auf Bonusansprüche von Managern ... 320
a) Ausgangslage: Bonusprogramme für die ordentliche Geschäftstätigkeit ... 320
b) Die Auswirkungen des Verkaufes auf die im Bonusplan festgelegten Ziele ... 321
c) Ansprüche auf Bonuszahlungen ... 322
d) Anpassung der für die Bonusansprüche massgebenden Ziele an den Verkaufsprozess ... 324
3. Die Auswirkung eines Verkaufs auf Beteiligungs- oder Optionsprogramme ... 325
a) Die Einbindung des Managements in Beteiligungs- oder Optionsprogramme ... 325
b) Der Einfluss des Verkaufs auf Beteiligungs- und Optionsprogramme ... 326

III. Die Aufgaben des Managements im Verkaufsverfahren ... 329
1. Mitwirkung bei der Due Diligence ... 329
a) Pflicht zur Mitwirkung bei der Due Diligence ... 329
b) Die Treuepflicht und ihre Grenzen ... 329
2. Manager als Objekt der Due Diligence ... 331
a) Unterlagen über Manager im Rahmen der Due Diligence ... 331
b) Datenschutz ... 332
3. Die Position des Managements bezüglich vertraglicher Zusicherungen und Mängel des Kaufobjektes ... 333
a) Verantwortung des Managements bezüglich vertraglicher Zusicherungen des Verkäufers ... 333
aa) Bestätigung der zugesicherten Sachverhalte durch das Management ... 333
bb) Haftungsübernahme durch die Manager ... 334
cc) Parallele Zusicherungen des Managements beim Verkauf eigener Aktien ... 335
b) Haftet das Management gegenüber dem Käufer für Mängel? ... 336
aa) Haftung aufgrund einer Täuschung in den Verhandlungen ... 336
bb) Verantwortlichkeitsansprüche ... 337
cc) Der vertragliche Ausschluss von Ansprüchen gegen das Management ... 338
4. Kontakte des Managements mit dem Käufer ... 338
a) Die Interessenlage von Käufer und Management ... 338
b) Massnahmen des Verkäufers ... 339
c) Rechtliche Situation der Manager ... 339

IV. Incentives beim Unternehmensverkauf ... 340
1. Halteprämie / Retention Bonus ... 340
2. Erfolgsprämien ... 341
3. Modifikation bestehender Incentive Programme ... 342

Literaturverzeichnis ... 343

I. Wirtschaftliche Bedeutung des Managements beim Unternehmenskauf

1. Management als Erfolgs- und Kostenfaktor

Das Management ist für die Wertschöpfung eines Unternehmens ein wesentlicher Erfolgsfaktor. Gelingt es dem Management, eine erfolgreiche Strategie zu entwickeln und umzusetzen oder die für das Unternehmen wesentlichen Prozesse und Kosten zu optimieren, so kann dies zu einer erheblichen Wertschöpfung führen. Wie gross die Bedeutung des Managements als Wertschöpfungsfaktor ist, hängt allerdings stark von den Eigenheiten des Unternehmens ab: Je grösser die Freiräume für die Gestaltung von Strategie und Tätigkeit des Unternehmens sind, desto grösser ist auch die Bedeutung des Managements. Bei einem Hightech-Unternehmen, das einem erheblichem Innovations- und Marktdruck ausgesetzt ist, kann jeder einzelne Entscheid des Managements über Produktentwicklung, Vertriebsstrategie und Produktion darüber entscheiden, ob das Unternehmen Gewinn oder Verlust erzielt. Bei einem Elektrizitätswerk dagegen ist der Einfluss des Managements gering, da der Ertrag des Unternehmens im Wesentlichen durch die vorhandenen Kraftwerksanlagen und die Marktpreise der erzeugten Energie bestimmt werden. Der Beitrag des Managements beschränkt sich in einer derartigen Situation hauptsächlich auf die optimale Betriebsplanung und die Durchsetzung von Kostenreduktionen.

Management ist aber auch ein wesentlicher Kostenfaktor. Manager[1] sind meistens nicht direkt produktiv tätig, erhalten aber typischerweise die höchsten Löhne. Die Kosten des Managements belasten daher den Gewinn eines Unternehmens erheblich. Ist der Käufer im gleichen Bereich tätig wie die

[1] Der im vorliegenden Beitrag verwendete Begriff des „Managers“ lässt sich rechtlich nicht klar definieren. Der Begriff umfasst nach der hier vertretenen Auffassung Personen, die im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses in leitender Funktion Führungsleistungen erbringen. Die von Entscheidungstätigkeit geprägte Arbeitsleistung der Manager beeinflusst in der Regel den Geschäftserfolg des Unternehmens in massgeblicher Art und Weise. Dies ist auch einer der Gründe, wieso Manager in M&A-Prozessen eine nicht zu vernachlässigende Rolle spielen. Vgl. zum Begriff des Managers FEHR, 28 ff.

gekaufte Gesellschaft, ist der Abbau des übernommenen Managements daher oft ein wichtiger Schritt, um Synergien zu realisieren.

2. Das Management im Spannungsfeld der Interessen beim Unternehmenskauf

Steht ein Unternehmen zum Verkauf, so gerät das Management automatisch in das Spannungsfeld verschiedener Interessen:

– *Interessen des Verkäufers*

Der Verkäufer sieht das Management als Teil des Verkaufsobjekts[2]. Da er das Unternehmen normalerweise als *„going-concern"* verkaufen will, muss er sicherstellen, dass das Management das Unternehmen im Vorfeld und auch während des Verkaufsprozesses in optimaler Weise führt. Schlechte Leistungen oder sogar ein Ausfall des Managements in diesem Zeitraum können für den Verkäufer zu empfindlichen Werteinbussen führen, da der entsprechende Rückgang der Gewinne zu einem tieferen Kaufpreis führt.

Eine gute Leistung des Managements während eines Verkaufsprozesses ist für den Verkäufer aber auch wichtig, da ihm damit eine Alternative zum Verkauf bleibt. Wird das Unternehmen während der Verkaufsphase erfolgreich weitergeführt, so kann der Verkäufer auf einen Verkauf verzichten und er kann das Unternehmen weiterführen, wenn er feststellen muss, dass er den angestrebten Preis beim Verkauf nicht realisieren kann. Die Existenz einer derartigen Alternative ist in den Verhandlungen auch aus taktischer Sicht sehr wichtig, da meist ein höherer Preis erzielt werden kann, wenn der Kaufinteressent weiss, dass der Verkäufer Alternativen zum Verkauf hat.

Der Verkäufer erwartet vom Management aber meist auch, dass es ihn beim Verkaufsprozess aktiv unterstützt. So verlangt der Verkäufer im Normalfall, dass die Manager die für die Due Diligence notwendigen Dokumente aufbereiten und auch für Management Präsentationen sowie Expert Meetings zur Verfügung stehen[3]. Gerade beim Verkauf kleinerer Unternehmen werden

---

2 Vgl. auch SCHÄRER/OSER, 153.

3 Vgl. MEIER, 104 f.; SCHÄRER/OSER, 153 ff.; TSCHÄNI/DIEM/WOLF, 28 N 22. Siehe zu den Aufgaben des Managements im Verkaufsverfahren auch unten, Ziff. III.1.

dessen CEO oder CFO auch oft gleich in das Verhandlungsteam des Verkäufers integriert, da ihre Fachkenntnisse für die Verhandlungen notwendig sind.

Der Verkäufer verlangt in dieser Weise während der Verkaufsphase die volle Loyalität des Managements, damit er eine positive Verhandlungsposition hat und einen möglichst hohen Kaufpreis erzielen kann. Diese Loyalität ist aber aus der Sicht des Managements sehr einseitig, da das Management weiss, dass der Verkäufer mit dem Verkauf seine Beziehung zum Unternehmen und zum Management abbricht, sodass das Management selbst keine Loyalität des Verkäufers mehr erwarten kann.

– *Interessen des Käufers*

Der Käufer versucht während der Verhandlungen oft, das Management des zum Verkauf stehenden Unternehmens für sich zu gewinnen. Häufig braucht er das Management, um das Unternehmen weiterzuführen oder zumindest, um die Integration in sein eigenes Unternehmen sicherzustellen. Oft versucht ein Kaufinteressent aber auch, eine positive Beziehung zum Management aufzubauen, um vom Management Informationen über das Unternehmen zu erhalten, die in den Verhandlungen seine Position stärken. Andere Kaufinteressenten bringen das Management manchmal sogar dazu, beim Verkäufer für einen Verkauf an den betreffenden Kaufinteressenten einzutreten und diesen so unter Druck zu setzen[4].

Der Käufer hat gegenüber dem Management des Unternehmens naturgemäss eine gute Position, da er bei einem Verkauf mindestens aus wirtschaftlicher Sicht Arbeitgeber des Managements wird. Das Management hat daher eine natürliche Tendenz, mindestens dann die Nähe zum Verkäufer zu suchen, wenn der Kauf wahrscheinlich wird. In den meisten Verkaufsprozessen kann daher ein langsamer Übergang der Loyalität des Managements vom Verkäufer zum Käufer beobachtet werden[5].

---

4 In krassen Fällen haben Manager schon damit gedroht, das Unternehmen zu verlassen, falls es nicht einem bestimmten Käufer veräussert wird.

5 Vgl. zum Ganzen auch MEIER, 41 f.; WATTER, § 7 N 161 f. und § 9 N 228 ff.

– *Die eigenen Interessen des Managements*

Ein Verkaufsvorgang eröffnet dem Management neue Chancen, führt aber auch zu Risiken[6]. Chancen können sich ergeben, weil die Manager bei der Übernahme durch ein grösseres Unternehmen neue Aufstiegschancen erhalten, die sie bisher nicht hatten. Bei einer Übernahme durch einen Private Equity Fonds können sich die Manager dagegen meist am Unternehmen beteiligen, was ihnen Aussicht auf Kapitalgewinne gibt[7].

Risiken ergeben sich dagegen aus der Tatsache, dass Manager im Rahmen des Integrationsprozesses häufig vom Käufer entlassen werden. Dazu kann es kommen, weil ihre Positionen im Rahmen des Zusammenschlusses von Unternehmenseinheiten aufgehoben werden. Zum Teil werden Manager des verkauften Unternehmens aber auch einfach durch Personen ersetzt, die bereits bisher für den Käufer tätig waren und nun die Unternehmenskultur und den Führungsstil des Käufers im neu erworbenen Unternehmen durchsetzen sollen.

In einer derartigen Situation sind Manager erfahrungsgemäss verunsichert. Manager versuchen daher meist, sich in Bezug auf die möglichen Kaufinteressen möglichst günstig zu positionieren, um ihre bisherige Stelle zu behalten oder um die neuen Chancen, die sich beim Käufer bieten, auszunützen[8]. In diesen Situationen ziehen viele Manager aber auch einen Wechsel des Arbeitgebers in Betracht. Erfahrungsgemäss können in solchen Situation auch Manager abgeworben werden, die zum „Urgestein" des Unternehmens zählen und dieses in einer normalen Situation nie verlassen würden.

Käufer und Verkäufer müssen sich über diese eigenen Interessen des Managements im Klaren sein und mindestens in den Fällen, in denen der Abgang von Managern negative Folgen haben kann, durch geeignete Incentives[9] sicherstellen, dass das Management tatsächlich während der Verkaufs- und Integrationsphase beim Unternehmen bleibt.

---

6 Siehe MEIER, 37 ff.; SCHENKER, Übernahmerecht, 44 ff.; WATTER, § 7 N 164 ff.

7 SCHÄRER/OSER, 160. Eingehend zu Private Equity Finanzierungsstrukturen FRICK, N 341 ff.

8 SCHÄRER/OSER, 155 ff.

9 Dazu unten, Ziff. IV.

3. Der Wert des Managements kann sich während des Verkaufsvorgangs erheblich verändern

Die Bedeutung des Managements verändert sich während der einzelnen Phasen eines Verkaufs und Integrationsprozesses erheblich:

a) Zentrale Rolle bis zum Vertragsabschluss

Das Management hat für den Verkäufer bei der Vorbereitung des Verkaufs einen sehr hohen Wert. Wie oben dargestellt, benötigt der Verkäufer nicht nur die Hilfe des Managements bei der Vorbereitung des Verkaufs, sondern kann meist auch einen höheren Verkaufspreis erzielen, wenn das Unternehmen während des Verkaufsprozesses optimal geführt wird[10].

b) Wesentliche Rolle beim Vollzug des Kaufs

Wird ein Unternehmen nach erfolgreichem Abschluss eines Vertrages übertragen, so kann dies zu schwierigen Situationen mit Mitarbeitern, Kunden und Lieferanten führen, da diese oft nicht wissen, wie sich das Unternehmen mit dem neue Eigentümer entwickeln wird. Dies kann nicht nur zu Kündigungen von Mitarbeitern führen, sondern auch dazu, dass Kunden neue Lieferanten oder mindestens eine Second Source suchen und sich die Lieferanten überlegen, ob sie noch auf Kredit liefern können. In einer derartigen Phase kann ein führungsstarkes Management Kontinuität sicherstellen und so den Wert des Unternehmens für den Käufer erhalten.

c) Schwierige Position bei der Integrationsphase

Im Rahmen der Integration gerät das Management des verkauften Unternehmens häufig in eine sehr schwierige Situation. Das Management ist von der Unternehmenskultur und vom Führungsstil des Verkäufers geprägt, was häufig nicht den Vorstellungen des Käufers entspricht. Um seine Unternehmenskultur durchzusetzen, wird der Käufer daher häufig das Management des gekauften Betriebes durch eigene Manager ersetzen, um so im Rahmen der

---

[10] Vgl. oben, Ziff. I.2.

Integration einen einheitlichen Führungsstil durchzusetzen. In der Integrationsphase muss das Management des gekauften Unternehmens häufig aber auch erkennen, dass es vom Käufer als Teil des „Synergiepotentials" betrachtet wurde und das seine bisherigen Positionen aufgehoben werden, weil das verkaufte Unternehmen der bisherigen Führungsorganisation des Verkäufers direkt unterstellt wird.

d) Finanziell und industriell orientierte Käufer

Das Management ist in der Integrationsphase natürlich dann am stärksten gefährdet, wenn ein Konkurrent oder ein anderer industriell orientierter Käufer das Unternehmen gekauft hat und nun in seinen eigenen Betrieb integrieren will, um maximale Synergiegewinne zu erzielen. Das Management hat dagegen eine wesentlich bessere Position, wenn das Unternehmen von einem finanziell orientierten Käufer bzw. von einem Private Equity Fonds übernommen wird. Ein derartiger Käufer verfügt selbst meist nicht über die Managementkapazität, um das Unternehmen zu führen und ist daher auf das bisherige Management angewiesen. Private Equity Unternehmen sind dabei meistens auch bereit, dem Management eine Beteiligung einzuräumen, sodass die Manager von der zukünftigen Wertentwicklung des Unternehmens profitieren können, was bei industriell orientierten Käufern meist nicht möglich ist. Trotzdem kann es aber auch bei der Übernahme durch einen finanziell orientierten Käufer zur Entlassung von Managern kommen: Private Equity Funds entlassen Manager sehr rasch, wenn sie nicht ihren Qualitätsvorstellungen entsprechen.

II. Die vertragliche Situation des Managements beim Unternehmenskauf

1. Übertragung von Arbeitsverhältnissen beim Unternehmenskauf

Wie bei allen Arbeitnehmern stellt sich auch beim Management die Frage, ob und mit welchen vertraglichen Bindungen Manager im Rahmen eines Unternehmenskaufs übertragen werden können. Die rechtliche Situation des Managements unterscheidet sich je nach der Transaktionsstruktur erheblich:

a) Gesellschaftskauf (Share Deal)

aa) *Keine Änderung des Arbeitgebers*

Wird eine Aktiengesellschaft durch Übertragung der Gesellschaftsanteile verkauft, so hat diese Transaktion keinen Einfluss auf die Gesellschaft selbst und ihre Rechtsbeziehungen – die juristische Person bleibt unverändert[11]. Allein die Aktien, welche die Mitgliedschaftsrechte an der Gesellschaft repräsentieren, werden übertragen[12]. Der Grundsatz, dass eine derartige Transaktion nicht in die Rechtsbeziehung mit Dritten eingreift, gilt auch für alle Arbeitsverträge von Managern, weshalb deren Arbeitsverträge bei einem Gesellschaftsverkauf unverändert weiterbestehen[13]. Für die betroffenen Manager ändert in rechtlicher Sicht weder der Arbeitgeber noch der Inhalt ihrer Arbeitsverträge.

bb) *Fortbestand des Arbeitsverhältnisses*

Der Grundsatz, dass das Arbeitsverhältnis durch einen Gesellschaftsverkauf in seinem rechtlichen Gehalt nicht verändert wird, hat zur Folge, dass weder Arbeitnehmer noch Arbeitgeber den Arbeitsvertrag aufgrund des Unternehmenskaufs auflösen können. Für eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses gelten allein die gesetzlichen bzw. vertraglichen Kündigungsfristen (vgl. Art. 334 ff. OR).

Da die Arbeitsverträge beim Gesellschaftsverkauf unverändert weiterbestehen, kann der Käufer die bestehenden Arbeitsverträge der Manager auch nicht einseitig zu deren Nachteil ändern, um diese Verträge beispielsweise dem Standard seines eigenen Unternehmens anzupassen oder um Kosten zu

---

11 Aus rechtlicher Sicht bleibt die verkaufte Gesellschaft unverändert Eigentümerin ihrer Aktiven bzw. Schuldnerin und Vertragspartnerin ihrer Gegenparteien. Siehe dazu auch TSCHÄNI/DIEM/WOLF, 3 N 5 ff. und 59 N 2 f.; WATTER, 118.

12 Das Gleiche gilt auch beim Verkauf einer GmbH bei der Übertragung der Stammanteile.

13 GEISER/MÜLLER, N 525; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 zu Art. 333 OR.

reduzieren[14]. Derartige Änderungen können nur im Rahmen einer Einigung zwischen Manager und Käufer vorgenommen werden[15]. Ist eine Einigung nicht möglich, so bleibt nur der Weg der Änderungskündigung[16]. Eine derartige Kündigung, bei der nicht nur der bisherige Arbeitsvertrag aufgelöst, sondern gleichzeitig ein neuer Vertrag als Ersatz angeboten wird, ist grundsätzlich zulässig[17], wobei aber auch bei Managern die von der Gerichtspraxis entwickelten Grenzen für derartige Änderungskündigungen beachtet werden müssen[18].

cc) *Kündigung durch Manager*

Im Zusammenhang mit Unternehmenskäufen können Kündigungen aber auch von den Managern selbst ausgehen, wobei es aufgrund der oben unter Ziff. I.2. dargestellten Verunsicherung auch zu gehäuften Kündigungen kommen kann. Auch die Manager sind bei einer derartigen Kündigung natürlich an die gesetzlichen bzw. vertraglichen Kündigungsfristen gebunden (vgl. Art. 334 ff. OR). Diese entfalten aber für den Arbeitgeber in der Praxis kaum eine Schutzwirkung – kündigt ein Manager, so können diese Personen nur in den seltensten Fällen während der Kündigungsfrist in ihrer bisherigen Funktion weiterarbeiten. Einerseits verlieren sie nach der Kündigung ihre Autori-

---

14 Änderungen zugunsten der Arbeitnehmer, wie beispielsweise Lohnerhöhungen, spezielle Zulagen, Verkürzung der Arbeitszeit oder Aufnahme der Arbeitnehmer in Optionsprogramme des Käufers, können dagegen selbstverständlich jederzeit vorgenommen werden.

15 In diesem Zusammenhang ist jedoch darauf hinzuweisen, dass Vertragsänderungen (inkl. Änderungen zuungunsten des Arbeitnehmers) unter Umständen auch stillschweigend im gegenseitigen Einverständnis wirksam werden können. Vgl. dazu m.w.H. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 zu Art. 320 OR.

16 Ausführlich GEISER, Änderungskündigung, 60 ff.

17 BGE 123 III 246 E. 3; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 335 OR.

18 Eine Änderungskündigung gilt als missbräuchlich, wenn der Arbeitgeber versucht, Bedingungen durchzusetzen, die klar unter dem Marktstandard liegen und daher sachlich nicht gerechtfertigt werden können oder wenn der Arbeitgeber versucht, die Änderung vor Ablauf der Kündigungsfrist durchzusetzen. Vgl. dazu BGE 123 III 246 E. 3b; 4A_194/2011 vom 5. Juli 2011 E. 6.1; 4C.317/2006 vom 4. Januar 2007 E. 3.5.

tät gegenüber den unterstellten Mitarbeitern[19], andererseits besteht aber auch immer die Gefahr, dass sie Kontakte mit Kunden und Mitarbeitern sowie auch das im Unternehmen vorhandene Know-how dazu verwenden, um ihre zukünftige Tätigkeit vorzubereiten. Manager werden während der Kündigungsfrist daher meist freigestellt, sodass die Kündigungsfrist im Endeffekt nur dazu dient, den betreffenden Manager während dieser Frist von einer Tätigkeit für Konkurrenten abzuhalten[20]. Dieses Resultat wird dadurch erreicht, dass dem betreffenden Manager während der Kündigungsfrist eine kommerzielle Tätigkeit verboten und eine minimale Tätigkeit für das Unternehmen vorgeschrieben wird[21], sodass er während dieser Zeit keine andere Stelle annehmen kann. Natürlich ist dieses Vorgehen mit der Zahlung des vollen Lohnes verbunden, was für den Käufer zu einer entsprechenden finanziellen Belastung führt, da diesem Lohn keine entsprechende Arbeitsleistung mehr gegenübersteht[22].

dd) *Fortbestand von Konkurrenzverboten*

Da bei einem Gesellschaftskauf die Arbeitsverträge unverändert weiterbestehen, gelten auch allfällig vereinbarte Konkurrenzverbotsklauseln weiter und schützen so den Käufer vor einer konkurrierenden Tätigkeit von Managern, die ihre Stelle im Zusammenhang mit dem Verkauf kündigen. Dieser Schutz darf aber nicht überschätzt werden, da arbeitsvertragliche Konkurrenzverbote nicht nur gesetzlich relativ stark eingeschränkt sind, sondern auch in der

---

19 Solche in absehbarer Zeit ausscheidende Manager werden auch als *„Lame-Ducks"* bezeichnet.

20 Diese Freistellung mit erzwungener Untätigkeit wird umgangssprachlich zutreffend als *„Gardening Leave"* bezeichnet.

21 Periodische Berichterstattungspflichten etc.

22 Dieses Ergebnis kann mindestens ansatzweise verhindert werden, indem der freigestellte Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist dazu aufgefordert wird, eine neue Stelle zu finden. Sobald er eine Stelle antritt, kann der neue Lohn vom Lohn, der gemäss altem Arbeitsverhältnis zu bezahlen ist, abgezogen werden (vgl. BGE 118 II 139 E. 1). Dies hat allerdings den Nachteil, dass der betreffende Arbeitnehmer relativ rasch selbständig werden oder bei einem anderen Unternehmen eine konkurrierende Tätigkeit entfalten kann.

Gerichtspraxis kaum je durchgesetzt werden können[23]. Überdies führen die mit einem Unternehmenskauf verbundenen organisatorischen Umstellungen[24] in der Praxis häufig auch dazu, dass Manager sachliche Gründe für ein Dahinfallen des Konkurrenzverbots im Sinne von Art. 340 Abs. 2 OR und/oder Art. 340c OR anrufen können[25].

b) Betriebskauf (Asset Deal)

aa) *Zwingende Übernahme der Arbeitsverhältnisse*

Wird ein Betrieb mit Aktiven und Passiven verkauft, so gehen gemäss Art. 333 OR sämtliche Arbeitsverträge der im betreffenden Betrieb tätigen Arbeitnehmer automatisch auf den Käufer des Betriebs über[26]. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfasst dieser Übergang sämtliche Arbeitnehmer, die in objektiver Betrachtung – unabhängig von den internen Abteilungszuweisungen des Verkäufers – an der Leistungserstellung des verkauften Betriebs mitgearbeitet haben[27]. Art. 333 OR kommt nach der Gerichtspraxis auch auf Kadermitarbeiter und auf Geschäftsleitungsmitglieder zur Anwendung[28], die den übergehenden Betrieb leiteten[29], daher gehen

---

23 In der Praxis kann ein Arbeitsverbot mit einer vorsorglichen Massnahme bzw. mit einer Unterlassungsklage nur durchgesetzt werden, wenn das betroffene Unternehmen durch die betreffende Tätigkeit akut in seiner Existenz gefährdet ist. Vgl. BOHNY, 111; MÜLLER/ZÜND, 1781 ff.

24 Veränderungen in der hierarchischen Position, Einschränkungen oder Änderungen des Zuständigkeitsbereiches, Probleme mit Bonusabrechnungen und Beteiligungsprogrammen etc.

25 Vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 340c OR.

26 BGE 123 III 466 E. 3b; KRADOLFER, 26; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 zu Art. 333 OR; TSCHÄNI/DIEM/WOLF, 96 N 91 ff.

27 BGE 123 III 466 E. 3b; BAISCH, 7; WILDHABER, 85.

28 Das Bundesgericht erklärte die Genfer Praxis, wonach für Kadermitarbeiter eine ausdrückliche Zustimmung des Erwerbers erforderlich sei, für unrechtmässig. Vgl. dazu insbesondere BGE 4C.155/2006 vom 23. Oktober 2006 E. 3.

29 Dies gilt allerdings nur dann, wenn die Leitung des betreffenden Betriebs die hauptsächliche Tätigkeit des betreffenden Kadermitarbeiters war; Art. 333 OR kommt dagegen nicht zur Anwendung, wenn die Leitung des betreffenden Betriebs

auch alle Manager, die schwerpunktmässig im verkauften Betrieb gearbeitet oder diesen geleitet haben, auf den Käufer über.

bb) *Ablehnung des Übergangs*

aaa) Ablehnungsfrist

Arbeitnehmer, die zum übertragenen Betrieb gehören, können die Übertragung ihres Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber gemäss Art. 333 Abs. 2 OR selbst verhindern, indem sie die Übertragung des Arbeitsverhältnisses ablehnen[30]. Das Gesetz sieht für diese Ablehnungserklärung keine Frist vor. Die Gerichte bestimmen daher bei einer Auseinandersetzung die Länge der Ablehnungsfrist aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles und legen diese so fest, dass der Arbeitnehmer die Vor- und Nachteile des Übertritts abwägen kann. Im Allgemeinen dürfte eine Fristen von 4 bis 6 Wochen angebracht sein, wobei sich die konkrete Frist nach der Komplexität der Transaktion und dem Grad der Veränderungen richtet, die den Arbeitnehmern zugemutet werden[31]. Der Verkäufer kann die Unsicherheit über die Länge der Ablehnungsfrist dadurch beseitigen, dass er dem Arbeitnehmer eine angemessene Frist ansetzt, in der dieser eine Erklärung über die Ablehnungserklärung abgibt; nach herrschender Lehre darf diese Frist allerdings einen Monat nicht unterschreiten[32]. Die Entscheidungsfrist beginnt in jedem Fall aber erst mit der vollständigen Information gemäss Art. 333a OR, da der Arbeitnehmer erst dann über alle für seinen Entscheid notwendigen Informationen verfügt[33]. Diese Regeln gelten auch für Manager, sofern die Parteien nicht wie nachfolgend in Ziff. II.1.b)bb)ddd) dargestellt, eine Übertrittsver-

---

nur ein untergeordneter Teil der gesamten Tätigkeit darstellte. M.w.H. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 zu Art. 333 OR.

30 Siehe dazu GEISER/MÜLLER, N 528; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 zu Art. 333 OR.

31 Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 zu Art. 333 OR für eine Übersicht zum Stand der Lehre; siehe insbesondere auch BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHES, N 10 zu Art. 333 OR.

32 PORTMANN, BSK, N 28 zu Art. 333 OR.

33 BGE 4A_616/2011 vom 21. März 2012 E. 3.3.

einbarung abschliessen, mit der der betroffene Manager bereits vor dem Vollzug des Kaufs der Übertragung seines Arbeitsvertrages zustimmt.

bbb) Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei Ablehnung

Lehnt ein Arbeitnehmer die Übertragung des Arbeitsverhältnisses ab, so wird dieses gemäss Art. 333 Abs. 2 OR, unabhängig von allfälligen längeren vertraglichen Kündigungsfristen, auf den nächsten gesetzlich möglichen Kündigungstermin aufgelöst[34]. Diese Regelung führt dazu, dass die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch Ablehnung auf den nach Ablauf der Kündigungsfrist (welche gestützt auf Art. 333 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 335c Abs. 1 OR längstens drei Monate betragen darf) folgenden Kündigungstermin erfolgt. Die für Manager typischen längeren Kündigungsfristen kommen bei einer Ablehnung somit nicht zur Anwendung, was auf der einen Seite die Lohnfortzahlung während der Kündigungsfrist beschränkt, auf der anderen Seite aber dem Arbeitgeber auch die Möglichkeit nimmt, den betreffenden Manager während der Kündigungsfrist vom Arbeitsmarkt fernzuhalten.

ccc) Wegfall von Konkurrenzverboten

Mit der Ablehnung des Überganges des Arbeitsverhältnisses und der entsprechenden Auflösung des Vertrages fallen nach herrschender Lehre auch allfällige vertraglich vereinbarte Konkurrenzverbotsklauseln dahin[35]. Ein Konkurrenzverbot verpflichtet den Arbeitnehmer nur gegenüber dem Verkäufer. Der Verkäufer stellt mit dem Verkauf des Betriebes aber seine Geschäftstätigkeit in dem Bereich, in dem der Arbeitnehmer tätig war, ein und hat daher kein schützenswertes Interesse mehr an der Durchsetzung des Konkurrenzverbotes – der Käufer hat dagegen aufgrund der Ablehnung des Vertragsübergangs keine vertraglichen Rechte gegenüber dem betreffenden Arbeitnehmer und kann schon deshalb das Konkurrenzverbot nicht geltend

---

[34] PORTMANN, BSK, N 31 zu Art. 333 OR. Drei Monate ist die längste von Art. 335c Abs. 1 OR vorgesehene Kündigungsfrist und kommt bei einer Dauer des Arbeitsverhältnisses von über neun Jahren zur Anwendung.

[35] M.w.H. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 zu Art. 333 OR; GEISER, Arbeitnehmerstellung, 866.

machen. Der Wegfall derartiger Konkurrenzverbotsklauseln bei der Ablehnung der Vertragsübertragung bei einem Betriebsverkauf ergibt sich aber nach der hier vertretenen Auffassung auch schon aus Art. 340c Abs. 2 OR: Die Änderung des Arbeitgebers ist aufgrund der persönlichkeitsbezogenen Komponenten des Arbeitsvertrages immer ein sachlicher Grund, um ein Arbeitsverhältnis aufzulösen[36].

ddd) Übertrittsvereinbarungen zur Vermeidung der Ablehnung

Bei Managern lassen es Käufer und Verkäufer allerdings meist nicht soweit kommen, sodass sie die Zustimmung des Managers zum Übertritt bereits vor dem Vollzug des Kaufs einholen bzw. mit dem betroffenen Manager eine Übertrittsvereinbarung abschliessen. Derartige Vereinbarungen sind gültig, da das Ablehnungsrecht dispositiver Natur ist und Arbeitnehmer vor Übertragung des Betriebs auf die Ausübung dieses Rechts verzichten können[37]. Erfahrungsgemäss erfordern derartige Zusagen allerdings meistens gewisse finanzielle Leistungen oder andere Konzessionen[38] des Käufers gegenüber den betreffenden Managern[39]. Gelingt es nicht, mit einem Manager eine derartige Übertrittsvereinbarung abzuschliessen, so erfährt der Käufer erst nach Ablauf der oben erwähnten Ablehnungsfrist, ob er mit dem betreffenden Manager weiterhin rechnen kann oder ob dieser das Unternehmen verlässt.

cc) *Unveränderte Geltung der Arbeitsverhältnisse*

Geht ein Arbeitsverhältnis auf den Käufer über, da der betreffende Manager die Übertragung nicht ablehnt, so gilt dieses Arbeitsverhältnis unverändert weiter[40], wobei in Bezug auf die Länge der Betriebszugehörigkeiten, die für

---

36 So auch BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHER, N 3 zu Art. 340c OR; GEISER/MÜLLER N 728. Anderer Meinung sind insbesondere STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 zu Art. 340c OR; WILDHABER, 177.

37 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 zu Art. 333 OR; WINKLER, 45 f.

38 Bspw. Verlängerung der Kündigungsfrist; sofortige Anpassung des Arbeitsvertrages an einen höheren Standard des Erwerbers etc.

39 Bspw. *Sign-on Bonus*, *Retention Bonus* etc. Vgl. dazu auch unten, Ziff. IV.

40 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 zu Art. 333 OR mit weiteren Verweisen.

bestimmte arbeitsvertragliche Rechte wesentlich sein kann[41], nicht der Eintritt des Arbeitnehmers beim Käufer massgeblich ist, sondern der Eintritt beim Verkäufer bzw. beim ersten Betriebsinhaber (sog. „Besitzstandswahrung“)[42].

Bezüglich Kündigung und Änderung der übernommenen Verträge gilt das Gleiche wie beim Gesellschaftskauf; die Tatsache der Betriebsübertragung berechtigt den Käufer nicht dazu, den Vertrag ausserhalb der vertraglich und gesetzlich vorgesehenen Fristen zu kündigen und gibt ihm auch kein Recht zur einseitigen Änderung des Vertrages zu Lasten der Arbeitnehmer[43]. Genau wie beim Gesellschaftskauf ist es dem Erwerber deshalb auch beim Betriebskauf nicht möglich, die Arbeitsverträge der übernommenen Manager durch einseitige Änderung dem eigenen Standard anzupassen. Dieses Ergebnis kann er nur erreichen, wenn es ihm gelingt auf den Zeitpunkt des Erwerbs hin, mit den betroffenen Managern neue Verträge abzuschliessen – erfahrungsgemäss ist dies aber nur möglich, wenn er bessere Bedingungen bietet als der Verkäufer. Gelingt ihm der Abschluss neuer Verträge nicht, so muss er auch beim Betriebskauf die Verträge durch Änderungskündigung verändern[44].

Die Übertragung eines Betriebes führt nicht zu einem spezifischen Kündigungsschutz bzw. einer Sperrfrist, innert der nicht gekündigt werden kann. Daher können sowohl der Verkäufer wie auch der Käufer Arbeitsverhältnisse vor bzw. nach der Übertragung im Rahmen der vertraglichen bzw. gesetzlichen Kündigungsfristen kündigen und auch Änderungskündigungen vornehmen, die zu einer Anpassung des Arbeitsverhältnisses führen. Das Management kann daher schon vom Verkäufer im Hinblick auf den Verkauf umgestaltet werden. Nach der Übertragung kann dagegen der Käufer die

---

41 Wie z.B. die Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a OR, die Kündigungsfrist gemäss Art. 335c OR und die Abgangsentschädigung nach Art. 339b OR. Vgl. dazu im Einzelnen BAISCH, 7.

42 BGE 129 III 341 E. 5.1; 127 V 183 E. 4c; TSCHÄNI/DIEM/WOLF, 97 N 94; WILDHABER 199 f.

43 Wie z.B. Anpassung an die Anstellungsbedingungen des Käufers. Derartige Änderungen sind im Rahmen einer Änderungskündigung möglich, für die allerdings die normalen Kündigungsfristen gelten. Vgl. BAISCH, 7; GEISER, 62 .

44 Vgl. zum Ganzen auch Ziff. II.1.a)bb).

Manager entlassen, die er für die Weiterführung des Unternehmens nicht benötigt oder wie oben dargestellt, durch Änderungskündigungen versuchen, ihre Arbeitsverhältnisse auf seinen eigenen Standard anzupassen.

dd) *Solidarische Haftung für Forderungen der Arbeitnehmer*

Wird ein Arbeitsverhältnis durch Betriebsverkauf übertragen, so haftet der Käufer gemäss Art. 333 Abs. 3 OR solidarisch mit dem Verkäufer für sämtliche arbeitsrechtlichen Forderungen der betroffenen Arbeitnehmer, die vor der Übertragung des Betriebs entstanden sind[45]. Damit haftet der Käufer insbesondere für rückständige Lohnzahlungen, aufgelaufene Gratifikationen und Boni, Ansprüche aus Beteiligungs- und Optionsplänen sowie für alle Schadenersatzforderungen der Arbeitnehmer wegen Verletzung der Arbeitsverträge[46]. Der Verkäufer haftet dagegen solidarisch für die nach der Übertragung entstehenden Forderungen, soweit diese bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte oder in dem das Arbeitsverhältnis infolge Ablehnung des Übergangs durch den Arbeitnehmer tatsächlich beendet wird[47].

Diese gegenseitige Solidarhaftung gilt für alle Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis aufgrund von Art. 333 Abs. 1 OR auf den Käufer übergehen[48]. Die solidarische Haftung gilt daher auch für Ansprüche, die Manager aus ihren Verträgen zustehen. In der Praxis stehen dabei Bonusansprüche[49] im Vordergrund: Wenn der Verkäufer mit den Managern keine Vereinbarung über die

---

45 BGE 137 III 487 E. 4.1; 129 III 335 E. 2.1.

46 M.w.H. BAISCH , 15; KRADOLFER, 219; TSCHÄNI/DIEM/WOLF, 99 N 96.

47 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 13 zu Art. 333 OR; PORTMANN, BSK, N 34 zu Art. 333 OR.

48 BAISCH, 15 f. Eingehend zum zeitlichen und sachlichen Umfang der Haftung WILDHABER, 223 ff.

49 Der „Bonus“ ist eine im schweizerischen Recht nicht geregelte Vergütung und umfasst in der Praxis ganz verschiedene Leistungsarten. Für die rechtliche Qualifikation ist nicht die Bezeichnung massgebend; vielmehr ist die konkrete Ausgestaltung der Vergütung im Einzelfall sowie die Handhabung im betrieblichen Alltag entscheidend. Eingehend zur rechtlichen Qualifikation von Vergütungen SENTI, 3 ff. sowie HIRSIGER N 451 ff. Vgl. ferner für eine prägnante Übersicht zu den verschiedenen Lohnformen statt aller GEISER/MÜLLER, N 393 ff.

Höhe der Bonuszahlung für die laufende Periode getroffen hat, kommt es oft zu Auseinandersetzungen, wenn der Bonus später vom Käufer nicht in voller Höhe bezahlt wird[50].

c) Einzelübertragung von Arbeitsverhältnissen

In Konzernen wird das Management der einzelnen Unternehmensbereiche[51] häufig von einer zentralen Managementgesellschaft angestellt[52]. Die betreffenden Personen haben damit keine Arbeitsverhältnisse mit den Gesellschaften, die sie leiten. Verkauft ein Konzern, dessen Führung in dieser Weise strukturiert ist, einen Unternehmensbereich, so greifen die oben dargestellten Mechanismen nicht. Manager, die nicht von der verkauften Gesellschaft selbst angestellt worden sind, können nur durch einverständliche Auflösung des bisherigen Vertrages und den Abschluss eines neuen Vertrages mit dem Käufer übertragen werden. Schliesst der Käufer mit einem Manager der einzeln übertragen werden muss, einen neuen Vertrag ab und löst der Verkäufer den bisherigen Arbeitsvertrag mit dieser Person auf, steht es Käufer, Verkäufer und dem betroffenen Manager natürlich frei, die vertraglichen Bedingungen völlig neu auszuhandeln. Die Erfahrung zeigt, dass eine Übertragung in diesen Fällen in der Praxis meist nur möglich ist, wenn der „Besitzstand" des Managers gewahrt wird, d.h. wenn ihm vom Käufer mindestens äquivalente Arbeitsbedingungen geboten werden.

Das Problem der Einzelübertragung von Managern liegt natürlich darin, dass diese nicht dazu gezwungen werden können, auf den Übertragungszeitpunkt hin ihren bisherigen Arbeitsvertrag einvernehmlich aufzulösen[53] und mit dem Käufer einen neuen Arbeitsvertrag abzuschliessen. Oft sind daher über die Besitzstandswahrung hinaus noch zusätzliche finanzielle Anreize not-

---

50 Siehe zu den Problemen im Zusammenhang mit Bonuszahlungen unten Ziff. II.2.a).

51 Divisionsleiter, Divisions-CFO etc.

52 Vgl. für weiterführende Ausführungen zu den zahlreichen Fragestellungen bei Arbeitsverhältnissen im Konzern GEISER/UHLIG, 757 ff.

53 Sog. Aufhebungsvertrag. Eingehend dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 zu Art. 335 OR; vgl. auch GEISER/MÜLLER, N 536 ff.

wendig, um den betreffenden Manager zu diesem Vorgehen zu motivieren[54]; will der betroffene Manager allerdings aus prinzipiellen Gründen nicht für den Käufer arbeiten, so ist der Verkäufer gezwungen, das Arbeitsverhältnis beim Vollzug des Verkaufs zu kündigen, da der betreffende Manager nach dem Verkauf im Unternehmen ja keine Funktion mehr hat. Dies führt allerdings dazu, dass der betroffene Manager frei und unbehelligt von allfälligen Konkurrenzverboten[55] einen neuen Arbeitgeber suchen kann.

Um Probleme zu vermeiden, wenn Arbeitsverhältnisse einzelner Manager erst beim Vollzug des Verkaufs übertragen werden, empfiehlt es sich, die Arbeitsverhältnisse der betreffenden Manager vor Einleitung des Verkaufsprozesses auf die zum Verkauf stehenden Gesellschaften zu übertragen, sodass sie, wie oben dargestellt, im Rahmen eines Gesellschaftskaufs automatisch zum Verkäufer übergehen. Auch eine derartige konzerninterne Übertragung des Arbeitsverhältnisses benötigt allerdings die Zustimmung der betroffenen Manager: Sie müssen mit der Auflösung des bisherigen und dem Abschluss des neuen Arbeitsvertrages einverstanden sein[56]. Da es kaum je möglich ist, das Arbeitsverhältnis zu übertragen, ohne den betreffenden Manager über die geplante Transaktion zu informieren, wird er sich natürlich spätestens in diesem Zeitpunkt die Frage stellen, wie er sich in Hinblick auf einen Verkauf positionieren will und welche Forderungen er im Zusammenhang mit einer derartigen Übertragung gegenüber dem Käufer stellen kann. Auch bei einem derartigen Vorgehen kann daher die Diskussionen über die Stellung und die finanzielle Absicherung der Manager im Zusammenhang mit dem Verkauf nicht vermieden werden. Es ist auf diese Weise aber immerhin möglich, diese Diskussion in die Vorbereitungsphase zu verschieben, sodass diese Gespräche ohne übermässigen Zeitdruck geführt werden können. Ausserdem hat der Verkäufer in dieser Phase allenfalls auch noch Alternativen bezüglich der Führung des zum Verkauf stehenden Unternehmens, was seine Verhandlungsposition gegenüber dem Management verstärkt.

---

54 Beispielsweise durch einen *Sign-on Bonus* für den neuen Vertrag.

55 Wie oben, unter Ziff. II.1.b)bb)ccc) dargestellt, fallen diese bei einer Auflösung durch den Arbeitsgeber gemäss Art. 340c Abs. 2 OR dahin.

56 Vgl. in diesem Zusammenhang auch GEISER/UHLIG, 781.

2. Der Einfluss des Unternehmensverkaufes auf Bonusansprüche von Managern

a) Ausgangslage: Bonusprogramme für die ordentliche Geschäftstätigkeit

Bonusprogramme werden normalerweise auf die ordentliche Geschäftstätigkeit ausgerichtet. Üblicherweise werden in der Zeit, in der das Budget festgelegt wird, quantitative und qualitative Leistungsziele definiert und häufig auch in Zielvereinbarungen festgehalten[57]. Die Erreichung dieser Ziele gibt dem betreffenden Manager dann je nach Ausgestaltung[58] des Bonusplans Ansprüche oder mindestens die Aussicht auf die Auszahlung eines Bonus bzw. einer Gratifikation[59]. Falls im Zeitpunkt, in dem die Bonuspläne für ein bestimmtes Jahr festgelegt werden, der Inhaber des Unternehmens seine Verkaufsabsicht noch nicht bekannt gegeben hat, basieren diese Leistungsziele auf der unveränderten Weiterführung des Unternehmens. Sie sind deshalb so konzipiert, dass sie die Manager anspornen, sich für eine optimale Entwicklung des Unternehmens einzusetzen, und sind dementsprechend auf das operative Geschäft bzw. die Wertsteigerung des Unternehmens durch Verbesserungen im operativen Geschäft ausgerichtet[60].

---

57 Eingehend zur rechtlichen Einordung einer Zielvereinbarung als Nebenabrede zu einem bestehenden Arbeitsverhältnis HIRSIGER, N 139 ff.

58 Sofern das Bonusprogramm das Zielentgelt durch klare – objektiv überprüfbare – geschäftliche Ergebnisse bzw. Messgrössen bestimmt und somit unabhängig vom Ermessen des Arbeitgebers festgelegt wird, ist grundsätzlich von einem variablen Lohnbestandteil und nicht von einer Gratifikation i.S.v. Art. 322d OR auszugehen. Siehe in diesem Zusammenhang BGE 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007 für ein Beispiel einer Qualifikation eines Bonus als variabler Lohnbestandteil und als Gegenbeispiel BGE 4A_28/2009 vom 26. März 2009; vgl. auch oben Fussnote 49.

59 Vgl. BGE 4C.395/2005 vom 1. März 2006 E. 5.3; HIRSIGER, N 471 mit weiteren Verweisen.

60 Für eine eingehende Untersuchung der Vergütungssysteme der grossen Schweizer Finanzinstitute vgl. VON DER CRONE/JENTSCH, 377 ff.

b) Die Auswirkungen des Verkaufes auf die im Bonusplan festgelegten Ziele

Beginnt der Eigentümer des Unternehmens einen Verkaufsprozess, so ändern sich die Rahmenbedingungen und Prioritäten des Unternehmens automatisch: Im Vordergrund steht nun nicht mehr die operative Führung des Unternehmens im Rahmen des ordentlichen Geschäftsganges, sondern vielmehr die Vorbereitung und Durchführung des Verkaufsprozesses. Das Management wird durch die neuen Aufgaben, die mit dem Verkaufsprozess verbunden sind, meist sehr stark belastet. Einzelne Manager können durch diese neuen Aufgaben sogar völlig absorbiert werden – die Aufbearbeitung von Dokumenten für die Due Diligence sowie die Vorbereitung von Management Präsentationen und Expert Meetings und die Beantwortung von Fragen des Kaufinteressenten nehmen während des Verkaufsvorganges erfahrungsgemäss einen grossen Teil der Zeit des Managements in Anspruch[61]. In Auktionsprozessen[62], an denen mehrere Käufer teilnehmen, erreicht diese Beanspruchung ein Ausmass, das dem Management kaum mehr Zeit für operative Aufgaben lässt. Zu einer ähnlich starken Beanspruchung kommt es auch, wenn einzelne Manager an den Verkaufsverhandlungen teilnehmen müssen. Aufgrund dieser Beanspruchung werden der persönliche Einsatz der betroffenen Manager im Rahmen der Unternehmensführung und die Erreichung der operativen Ziele von vornherein schwierig. Oft entsprechen die operativen Ziele aber auch gar nicht mehr den Prioritäten des Eigentümers: Dieser strebt primär einen hohen Verkaufserlös an, operative Fragen treten dabei in den Hintergrund – Umstrukturierungs- und Kostensenkungsprogramme, die operativ sinnvoll sind, aber zu Unruhe im Unternehmen führen, werden während Verkaufsprozessen daher oft auch gar nicht mehr weiter verfolgt, selbst wenn sie in die Zielvereinbarung mit den Managern aufgenommen wurden.

Der Vollzug des Vertrages erschwert die Erreichung der im Bonusplan bzw. einer Zielvereinbarung vorgesehenen qualitativen und quantitativen Ziele zum Teil aber noch stärker als der Verkaufsvorgang. Die Integration des verkauften Unternehmens beim Käufer und die damit verbundenen Eingriffe in das Unternehmen machen es meist unmöglich, die für den Bonus definierten

---

61 Vgl. TSCHÄNI/DIEM/WOLF, 28 N 22.

62 Dazu TSCHÄNI/DIEM/WOLF, 38 N 42 ff.; SCHÄRER/OSER, 125 ff.

Ziele zu erreichen: Umstellungen in der Organisation, Entlassungen zur Realisierung von Synergiegewinnen und Wechsel von Firmenbezeichnungen und Namen führen im Normalfall dazu, dass die früher vereinbarten operativen Ziele überhaupt nicht mehr erreicht werden können[63]. Wenn ein Unternehmen im Rahmen eines Betriebskaufs auf ein anderes Unternehmen übergeht oder nach einem Gesellschaftskauf die gekaufte Gesellschaft mit der Käuferin fusioniert wird, ist es zum Teil nicht einmal mehr möglich, zu überprüfen, ob die quantitativen Ziele[64] erreicht worden sind, da das Rechnungswesen nach einer derartigen Transaktion gar nicht mehr das Unternehmen abbildet, auf das sich die Zielvereinbarung bezog. In der Integrationsphase kann es aber auch vorkommen, dass der Käufer Weisungen erteilt, die überhaupt nicht mehr den früheren Zielen entsprechen – wurde in einer individuellen Zielvereinbarung z.B. der personelle Ausbau eines Verkaufsteams vorgesehen, so kann dieses Ziel von vornherein nicht mehr erreicht werden, wenn der Käufer im Rahmen der Integration die Weisung erteilt, einen Teil der Verkaufsmannschaft zu entlassen, da der Käufer die Produkte und Dienstleistungen des gekauften Unternehmens mit dem eigenen Verkaufspersonal vertreiben will[65].

c) Ansprüche auf Bonuszahlungen

Nach den oben dargestellten arbeitsrechtlichen Prinzipien bleiben Bonuspläne und individuelle Zielvereinbarungen auch bei einem Unternehmenskauf unverändert bestehen, da sie als Nebenvereinbarung zum Arbeitsvertrag genau wie der Arbeitsvertrag selbst weder durch einen Betriebs- noch durch einen Gesellschaftskauf verändert werden (siehe dazu Ziff. II.1.a)bb) und II.2.b)cc). Wie oben, unter Ziff. II.2.b) aufgezeigt, können die durch Verkauf und Integration geänderten Umstände aber dazu führen, dass ein Manager die Bedingungen für die Auszahlung des Bonus nicht erfüllt, obwohl er sich für die Zielerreichung eingesetzt hat und diese ohne die Transaktion sogar erreicht hätte. Sofern es sich beim betreffenden Bonus nicht um eine echte

63 Vgl. SCHENKER, Übernahmerecht, 674.

64 Wie z.B. Umsatz, EBITDA und weitere Ertragskennzahlen.

65 Vgl. zum Ganzen auch HIRSIGER, N 766 ff.

Gratifikation[66] handelt, auf die der Manager ohnehin keinen Rechtsanspruch hat, kann er in einer derartigen Situation unter Umständen aber einen Rechtsanspruch haben, obwohl er die gesetzten Ziele nicht erreicht hat:

– *Ansprüche aus Art. 156 OR*

Machen Weisungen des Verkäufers bzw. des Käufers oder die Integration beim Käufer die Zielerreichung unmöglich, so hat der Manager gestützt auf Art. 156 OR allenfalls dennoch Anspruch auf die Bonuszahlung. Nach dieser Bestimmung ist eine Leistung, die unter einer Bedingung steht, auch ohne Eintritt der betreffenden Bedingung geschuldet, wenn eine Partei den Eintritt dieser Bedingung wider Treu und Glauben verhindert hat[67] – diese Situation liegt im Verkaufsfall vor, wenn Verkaufsprozess oder Integration die Zielerfüllung behindern oder sogar verunmöglichen. Voraussetzung ist aber, dass der betreffende Manager nicht nur nachweist, dass Weisungen des Verkäufers bzw. Käufers oder die Integration des Unternehmens beim Käufer die Erreichung der gesetzten Ziele verunmöglicht oder wenigstens erschwert haben[68]. Der betroffene Manager muss vielmehr auch nachweisen, dass er ohne diese Behinderung die Ziele erreicht hätte. An diesen hypothetischen Nachweis werden in der arbeitsrechtlichen Praxis allerdings keine hohen Anforderungen gestellt; es genügt, wenn eine überwiegende Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden kann[69].

– *Ansprüche aufgrund der Erfüllung geänderter Zielvorgaben*

Geben Verkäufer oder Käufer im Rahmen des Verkaufsprozesses bzw. der Integration des verkauften Unternehmens neue Ziele bekannt, die von den Zielen abweichen, auf denen der Bonusplan des Verkäufers beruhte, so kann der betroffene Manager auch damit argumentieren, dass die für den Bonus-

---

66 Siehe hierzu statt aller und mit weiteren Verweisen MORF, 74 ff.

67 Vgl. BGE 117 II 273, E. 5c.

68 Siehe für Ausführungen zum Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des bedingt Verpflichteten und dem Eintritt bzw. Ausbleiben der Bedingung BGE 4C.281/2005 vom 15. Dezember 2005 E. 3.5.

69 Vgl. zum Ganzen auch LEU, 296 ff.

anspruch massgebenden Ziele auf diese Weise geändert wurden[70]. Stand beispielsweise in der Zielvereinbarung die Erreichung eines bestimmten Umsatzes oder Ertrages oder der Aufbau eines neuen Produktes im Vordergrund und gibt der Eigentümer Mitte Jahr plötzlich die Weisung, dass alle Energie auf den Verkaufsvorgang zu konzentrieren sei, weil sein neues Ziel im Verkauf des Unternehmens zu einem bestimmten Preis liegt, so kann sich der betroffene Manager auf den Standpunkt stellen, dass die früher formulierten Ziele aufgehoben und durch die neuen ersetzt worden sind[71]. Dementsprechend kann er einen Anspruch geltend machen, wenn er die neuen Ziele erfüllt. Begründet der betroffene Manager seinen Anspruch in dieser Weise, hat er den Vorteil, dass er keinen hypothetischen Kausalzusammenhang nachweisen muss[72].

d) Anpassung der für die Bonusansprüche massgebenden Ziele an den Verkaufsprozess

Der Umstand, dass der Verkaufsprozess die Erreichung der für den Bonus relevanten Ziele gefährden kann, führt oft zu einer starken Verunsicherung der Manager, da ihnen nicht klar ist, ob sie in einer derartigen Situation den ursprünglich in Aussicht gestellten Bonus erhalten werden. Sofern sich die betroffenen Personen dann auf die oben dargestellten rechtlichen Theorien zur Durchsetzung eines Bonusanspruches konzentrieren, führt der Verkaufsvorgang zu Konflikten im Rahmen des Arbeitsverhältnisses – in Vordergrund steht dann nicht mehr die Arbeit bzw. die Führung des Unternehmens, sondern eher die Durchsetzung der eigenen Ansprüche und die Enttäuschung über das Verhalten des Verkäufers.

---

70 Vgl. in diesem Zusammenhang auch HIRSIGER, N 800, der eine stillschweigende Änderung der ursprünglichen Zielvereinbarung nur dann für möglich hält, wenn die Änderung für beide Parteien lediglich Vorteile bringt.

71 Es ist im Einzelfall aufgrund der konkreten Umständen zu bestimmen, wie eine allfällige neue Zielvorgabe genau zu interpretieren ist und welche Anpassung aufgrund der veränderten Verhältnisse angemessen ist.

72 Vorliegend werden die Möglichkeiten einer gerichtlichen Anpassung der Zielvereinbarung an veränderte Verhältnisse *(„clausula rebus sic stantibus")* nicht thematisiert. Stattdessen sei auf HIRSIGER, N 775 ff. verwiesen.

Um diese Probleme zu vermeiden, ist es besser, bei der Einleitung eines Verkaufsverfahrens von Vornherein die Bonusregelung auf die neuen Ziele des Unternehmens bzw. seines Eigentümers umzustellen und die bisherigen für den Bonus relevanten Zielsetzungen aufzuheben und durch quantitative oder qualitative Ziel zu ersetzen, die sich auf die optimale Durchführung des Verkaufs- oder Integrationsprozesses oder auf einen möglichst hohen Preis beziehen[73]. Auf diese Weise können auch die Incentive-Strukturen mit den Prioritäten des Unternehmens bzw. seines Eigentümers in Übereinstimmung gebracht werden.

3. Die Auswirkung eines Verkaufs auf Beteiligungs- oder Optionsprogramme

a) Die Einbindung des Managements in Beteiligungs- oder Optionsprogramme

Um sicherzustellen, dass das Management ein Interesse an der Steigerung des Unternehmenswertes hat, haben viele Unternehmen zu Gunsten ihrer Manager Beteiligungs- oder Optionsprogramme eingeführt[74]. Besonders häufig finden sich solche Programme bei Publikumsgesellschaften, da sich kotierte Aktien für die Erreichung der Ziele eines derartigen Programmes besonders eignen: Einerseits wird das Unternehmen täglich an der Börse bewertet, sodass Wertsteigerungen sichtbar werden. Anderseits können Manager Aktien, die sie im Rahmen eines derartigen Programmes erwerben, auch an der Börse veräussern und so tatsächlich einen Gewinn realisieren, wenn es ihnen gelungen ist, den Unternehmenswert zu steigern. Ebenso häufig sind Beteiligungsprogramme im Private Equity Bereich, wo die Fonds normalerweise darauf bestehen, dass sich das Management am Unternehmen beteiligt und sich so mit der Eigentümerposition identifiziert. Diese Beteiligungen werden zwar – anders als bei kotierten Gesellschaften – nicht täglich an der Börse bewertet. Da der Private Equity Fonds als Hauptaktionär aber das Ziel hat, die betreffende Gesellschaft in einem Zeithorizont von vier bis

---

73 Eingehend zum konkreten Vorgehen bei einer Zielkorrektur HIRSIGER, N 813 ff.

74 Ein illustratives Fallbeispiel eines Beteiligungsprogrammes findet sich in BGE 4C.419/2005 vom 15. März 2006. Vgl. zum Ganzen auch LEU, 53 ff. sowie 159 ff.

sieben Jahren wieder zu verkaufen, können die Manager aber damit rechnen, dass sie die erarbeitete Wertsteigerung in diesem Zeitrahmen ebenfalls realisieren können[75].

Typischerweise sind Beteiligungs- oder Optionsprogramme langfristig angelegt, damit die betreffenden Manager nicht nur ein Interesse an kurzfristigen Wertsteigerungen haben, sondern eine nachhaltige langfristige Steigerung des Unternehmenswertes anstreben[76]. Bei Unternehmen mit kotierten Aktien wird die langfristige Perspektive meistens dadurch sichergestellt, dass die betreffenden Manager die ihnen zugeteilten Aktien und Optionen nicht sofort nach der Zuteilung veräussern bzw. ausüben können, sondern dass durch Sperrfristen eine bestimmte minimale Haltedauern festgelegt wird[77]. Bei Private Equity Unternehmen werden Beteiligungsprogramme dagegen im Normalfall direkt auf den typischen Verkaufszyklus von Private Equity Fonds abgestimmt – die beteiligten Manager können ihre Beteiligungen normalerweis nur zusammen mit dem Private Equity Fonds verkaufen, sodass sie während der gesamten Zeit, in der der Private Equity Fonds das Unternehmen hält und weiterentwickelt, an die Beteiligung gebunden sind, was oft sogar zu einer längeren Bindungsdauer führt als bei kotierten Gesellschaften. Um die langfristige Bindung zu betonen, wird bei den meisten Beteiligungsprogrammen auch vorgesehen, dass die Beteiligung bzw. die Optionen dahinfallen, wenn der betreffende Manager seine Stelle während der Haltefrist kündigt oder die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis aus Gründen auflöst, die der betreffende Manager zu vertreten hat[78].

b) Der Einfluss des Verkaufs auf Beteiligungs- und Optionsprogramme

Obwohl Options- und Beteiligungsprogramme bei kotierten Unternehmen und Private Equity-Beteiligungen sehr ähnlich strukturiert sind, hat der Unternehmensverkauf unterschiedliche Folgen:

---

75 Vgl. zum Ganzen GRONER, 445 ff.

76 Siehe VON DER CRONE/VETSCH, 394 ff. für Ausführungen zu den Auswirkungen der Vergütungsstruktur auf das Leistungsverhalten und die Risikopräferenzen der Beteiligten.

77 M.w.H. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 22 f. zu Art. 322 OR.

78 *Good Leaver*- und *Bad Leaver*-Regelungen.

– *Kotierte Unternehmen*

Verkauft ein kotiertes Unternehmen einen Betrieb oder eine Tochtergesellschaft und wechseln bei dieser Transaktion Manager, die in einem Beteiligungs- oder Optionsprogramm eingebunden sind, mit dem verkauften Unternehmen zum Käufer, so verlieren Beteiligungen und Optionen ihren Sinn; die Incentive-Wirkung wird nach dem Verkauf für die Verkäuferin belanglos, da die betreffenden Manager nach diesem Zeitpunkt gar nicht mehr zur Wertsteigerung der Verkäuferin beitragen können[79]. Für den Käufer kann ein derartiges Programm sogar störend sein, weil die betreffenden Manager dann aufgrund eines Beteiligungs- oder Optionsprogrammes immer noch auf die Interessen des Verkäufers fixiert sind – aus seiner Optik müsste er diese Anreize durch Incentives ersetzen, die sich auf die Wertsteigerung der Käuferin beziehen.

Die meisten Beteiligungs- und Optionsprogramme regeln daher heute ausdrücklich die Situation, dass eine aus dem Programm berechtigte Person im Rahmen eines Verkaufs einer Tochtergesellschaft oder eines Betriebes das Unternehmen verlässt und zum Käufer wechselt. Typischerweise werden diese Personen im Rahmen von Beteiligungs- und Optionsplänen als *„Good Leavers"* behandelt, d.h. sie behalten Beteiligungen und Optionen, wobei Halte- und Sperrfristen sogar meistens dahinfallen, da die langfristige Bindung sowohl für die Verkäuferin wie auch für den Manager nicht mehr sinnvoll ist. Zum Teil wird bei Optionsprogrammen auch eine Beschleunigung der Ausübung vorgesehen, d.h. Optionsinhaber müssen ihre Optionen bis zu einem bestimmten Termin nach dem Verkauf ausüben[80].

Sieht der Beteiligungs- bzw. Optionsplan keine spezielle Rechtsfolge für den Fall des Verkaufs vor, so bleiben die Ansprüche des Managers unverändert bestehen, wie wenn er beim betreffenden Unternehmen bleiben würde. Da der Verkauf wie oben dargestellt weder bei einem Sharedeal noch bei einem *Asset Deal* zu einer Änderung des Arbeitsvertrages führt, bleiben auch Beteiligungs- oder Optionsprogramme als Nebenabreden zum Arbeitsvertrag un-

---

79 Vgl. dazu auch SCHENKER, Übernahmerecht, 672 f.

80 Eine derartige Regelung ist allerdings für den Optionsinhaber nicht unbedingt günstig, da auf diese Weise der Zeitwert der Option wegfällt.

verändert bestehen[81]. Der Arbeitgeber kann sich in diesen Fällen auch nicht darauf berufen, dass die Rechte der Manager aus Options- und Beteiligungsprogrammen aufgrund der Regelung über Kündigungen dahinfallen, weil sie das Unternehmen verlassen haben, da die Arbeitsverhältnisse der Manager beim Verkauf einer Tochtergesellschaft bzw. eines Betriebes wie erwähnt, nicht aufgehoben werden, sondern vielmehr unverändert fortgesetzt werden.

– *Private Equity Fonds*

Bei Gesellschaften, die von Private Equity Fonds gehalten werden, liegt der Sinn eines Options- bzw. Beteiligungsprogramms in der Vorbereitung des Verkaufs der Gesellschaft. Anders als bei den oben erwähnten kotierten Gesellschaften ist der Verkauf von Anfang an geplant und führt für die Manager zur Realisierung ihrer Beteiligung. Die Manager können daher beim Verkauf einen Gewinn realisieren, sofern der Verkaufspreis über dem ursprünglichen Kaufpreis liegt, was sie natürlich dazu motiviert, sich im Verkaufsvorgang für einen möglichst hohen Preis einzusetzen[82].

Devestiert eine von einem Private Equity Fonds gehaltene Gesellschaft allerdings eine Tochtergesellschaft oder einen Betrieb, bevor das gesamte Unternehmen verkauft wird, und gehen dabei Manager, die am Options- oder Beteiligungsprogramm partizipieren, auf den Käufer über, so stellen sich natürlich die gleichen Probleme wie beim Verkauf einer Tochtergesellschaft durch eine kotierte Gesellschaft. Entsprechend gelten für diese Fälle auch die oben dargestellten Ausführungen – normalerweise wird in den entsprechenden Plänen vorgesehen, dass diese Personen als *„Good Leavers"* behandelt werden. Falls keine ausdrückliche Regelung vorgesehen ist, bleiben sie beteiligt, wie wenn sie noch weiterhin für das betreffende Private Equity-Unternehmen tätig wären, sodass sie beim Verkauf dieses Unternehmens entsprechend profitieren können.

---

81 Vgl. Ziff. II.1.a)bb) und II.1.b)aa).

82 Siehe dazu auch GRONER, 445 ff.

III. Die Aufgaben des Managements im Verkaufsverfahren

1. Mitwirkung bei der Due Diligence

a) Pflicht zur Mitwirkung bei der Due Diligence

Wie vorne dargestellt, haben die Manager des zum Verkauf stehenden Unternehmens bei der Vorbereitung des Verkaufs eine wichtige Funktion; sie müssen die Due Diligence vorbereiten und auch für Management Präsentationen und Expert Meetings zur Verfügung stehen[83]. Diese Tätigkeit entspricht an und für sich nicht dem Inhalt ihres Arbeitsvertrages, da sie typischerweise für eine operative Funktion eingestellt worden sind und sich ihr Pflichtenheft primär auf Führungsaufgaben bezieht.

Bei entsprechenden Weisungen des Arbeitgebers sind die Manager aber dennoch zu einer derartigen Mitwirkung am Verkaufsprozess verpflichtet, da diese Tätigkeit im funktionalen Zusammenhang mit ihrer Führungsaufgabe steht und grundsätzlich auch zumutbar ist[84].

Wie bei allen Tätigkeiten müssen Manager bei der Vorbereitung und Durchführung eines Verkaufs gemäss Art. 321a OR ihrer Sorgfaltspflicht nachkommen und dafür sorgen, dass Unterlagen und Informationen für den Datenraum richtig und vollständig zusammengestellt werden und mit der gleichen Sorgfalt auch Management Präsentationen und Expert Meetings vorbereiten.

b) Die Treuepflicht und ihre Grenzen

Die arbeitsrechtliche Treuepflicht[85] verpflichtet die Manager, auch im Rahmen des Verkaufsprozesses die berechtigten Interessen ihres Arbeitgebers zu wahren. Typischerweise weist der Verkäufer in den Instruktionen, die er den Managern in Bezug auf den Verkaufsprozess erteilt, ausdrücklich auf diese Treuepflicht hin und verlangt, dass sich die Manager für einen hohen Kauf-

---

83 Vgl. Ziff. I.2.

84 Vgl. REHBINDER/STÖCKLI, BK, N 33 zu Art. 321d OR.

85 Art. 321a OR.

preis einsetzen und dementsprechend das Unternehmen gegenüber potentiellen Käufern positiv darstellen.

Bei Due Diligence und bei Management Präsentationen kann sich für Manager aber die Frage stellen, wie weit die Treuepflicht und das Weisungsrecht in diesem Bereich gehen können. So stellt sich häufig die Frage, inwieweit das Management im Interesse des Verkäufers die Situation des Unternehmens in einem zu positiven Licht darstellen soll. Häufig muss das Management tatsächlich gestützt auf entsprechende Weisungen des Käufers ein „transaktionsorientiertes" Budget erstellen, das weit über den eigenen Vorstellungen liegt.

Die Treuepflicht und die Pflicht, Weisungen zu befolgen, findet ihre Grenze an der Rechtsordnung – weder Weisungen noch die allgemeine Treuepflicht können einen Arbeitnehmer dazu verpflichten, rechtswidrige Handlungen vorzunehmen[86]. Daher können weder die allgemeine Treuepflicht, noch spezifische Weisungen des Arbeitgebers einen Manager dazu verpflichten, den Kaufinteressenten zu täuschen. Ein Manager, der entsprechende Weisungen nicht befolgt, verletzt dementsprechend seine vertraglichen Verpflichtungen nicht[87]. Seine Weigerung, derartige Weisungen zu verfolgen, führt daher weder zu Schadenersatzansprüchen des Arbeitgebers, noch stellt sie einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung im Sinne von Art. 337 OR dar[88]. Wird das Arbeitsverhältnis eines Managers aufgrund der Weigerung, derartige Weisungen zu befolgen, in ordentlicher Weise gekündigt, so wäre eine derartige Kündigung sogar gemäss Art. 336 OR missbräuchlich und würde den Verkäufer zu entsprechenden Zahlungen verpflichten[89].

Aufgrund dieser Rechtslage sollten Manager bei Management Präsentationen und Expert Meetings auch dann wahrheitsgemäss auf Fragen des Kaufinteressenten antworten, wenn die Antwort für den Verkäufer ungünstig ist oder sie sogar die Weisung erhalten haben, die betreffenden Auskünfte nicht

---

86 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 321d OR; PORTMANN, BSK, N 9 zu Art. 321d OR.

87 Vgl. BGE 132 III 115 E. 5.2; REHBINDER/STÖCKLI, BK, N 46 zu Art. 321d OR.

88 BGE 4C.357/2002 vom 4. April 2003 E. 4.1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 zu Art. 337 OR.

89 Vgl. hierzu PORTMANN, BSK, N 27 ff. zu Art. 336 OR.

zu erteilen. Trotz entsprechender Weisungen sollten Manager auch keine Budgets und Businesspläne für den Verkaufsprozess ausarbeiten, die aus eigener Sicht bzw. bei vernünftiger Betrachtung der Voraussetzungen unrealistisch sind[90]. Sie sollten diese Handlung nicht nur aus allgemeinen ethischen Überlegungen unterlassen, sondern vor allem auch deshalb, weil sie bei einer Täuschung des Käufers selbst haftbar werden.

Täuscht ein Manager den Käufer aufgrund einer falsch verstandenen Treuepflicht oder aufgrund entsprechender Weisungen dadurch, dass er bewusst wesentliche negative Informationen unterdrückt oder sogar falsche Angaben macht, so haftet er dem Käufer gegenüber gemäss Art. 41 OR für den Schaden. Da ein Manager, der für den Verkäufer aktiv am Verkaufsprozess mitwirkt, in Bezug auf Vertragsverhandlungen und Vertragsabschluss eine Hilfsperson des Verkäufers ist, führt die vom Manager vorgenommene Täuschung aber auch dazu, dass der Käufer gegen den Verkäufer selbst Ansprüche aus Art. 41 OR geltend machen kann bzw. sich auf Täuschung im Sinne von Art. 28 OR berufen und die Aufhebung des Vertrages oder, im Sinne der Teilnichtigkeit, eine Reduktion des Preises verlangen kann[91].

2. Manager als Objekt der Due Diligence

a) Unterlagen über Manager im Rahmen der Due Diligence

Manager arbeiten nicht nur häufig aktiv an der Due Diligence mit, sondern sind auch Objekt der Due Diligence: Da das Management ein wesentlicher Erfolgs- und Kostenfaktor eines Unternehmens ist, verlangen Kaufinteressenten normalerweise im Rahmen der Due Diligence auch Informationen über das Management. Wegen dieser wichtigen Funktion des Managements verlangen Kaufinteressenten normalerweise beim Management wesentlich detailliertere Informationen als bei den übrigen Arbeitnehmern, sodass nicht nur aggregierte und anonymisierte Daten vorgelegt werden müssen, sondern

---

90 Diesbezüglich gibt es allerdings eine relativ breite Grauzone, die erfahrungsgemäss bei vielen Verkaufsvorgängen stark strapaziert wird.

91 Vgl. für andere Hilfspersonen wie Berater SCHENKER, Vendor Due Diligence, 272 ff.

der ganze Lebenslauf und der Arbeitsvertrag im Datenraum zur Verfügung gestellt werden müssen.

b) Datenschutz

Auch Manager werden vom Datenschutzgesetz und von Art. 328b OR geschützt[92]. Personendaten wie Alter, Geschlecht, Ausbildung, berufliche Erfahrung aber auch arbeitsvertragliche Bedingungen und der Lohn werden im Rahmen dieser Bestimmungen geschützt, soweit diese Daten nicht bereits vor dem Verkaufsprozess mit dem Einverständnis des Betroffenen öffentlich bekanntgegeben worden sind, weil sie z.B. in einem öffentlich zugänglichen Geschäftsberichtes publiziert worden sind oder weil die betroffene Person diese Daten freiwillig über LinkedIn oder Xing veröffentlicht hat.

Der rechtliche Schutz von Personendaten hat zur Folge, dass der Verkäufer die von den Kaufinteressenten gewünschten detaillierten Angaben nicht abgeben darf, sondern – wie bei anderen Arbeitnehmern – Personendaten nur in aggregierter bzw. anonymisierter Form offengelegt werden dürfen, sodass sie nicht zum individuellen Manager zurückverfolgt werden können. Da diese Daten den Kaufinteressenten normalerweise nicht genügen, ist der Verkäufer, der den Wünschen der Kaufinteressenten nachkommen will, letztlich gezwungen, das Einverständnis der betroffenen Manager zu einer weitergehenden Offenlegung einzuholen. Dies führt schlussendlich aber dazu, dass die Verkaufsabsichten gegenüber den Managern nicht mehr geheim gehalten werden können, da es im Allgemeinen nicht möglich ist, ein derartiges Einverständnis ohne Angabe von Gründen einzuholen[93].

92 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 zu Art. 328b OR.

93 Eingehend zum Ganzen GERICKE, 1 ff.; MEIER, 186 ff.

3. Die Position des Managements bezüglich vertraglicher Zusicherungen und Mängel des Kaufobjektes

a) Verantwortung des Managements bezüglich vertraglicher Zusicherungen des Verkäufers

Beim Verkauf eines Unternehmens gibt der Verkäufer dem Käufer im Rahmen des Kaufvertrags normalerweise gewisse Zusicherungen über den Zustand des verkauften Unternehmens ab[94]. Da das Management des verkauften Unternehmens die Sachverhalte, auf die sich diese Zusicherungen beziehen, normalerweise besser beurteilen kann als der Verkäufer selbst, versuchen Verkäufer häufig, sich bezüglich der vertraglichen Zusicherungen beim Management mit einem Disclosure Letter abzusichern:

aa) *Bestätigung der zugesicherten Sachverhalte durch das Management*

Verkäufer legen dem Management oft den mit dem Käufer ausgehandelten Katalog von Zusicherungen vor und verlangen eine Bestätigung, dass diese vollständig erfüllt werden bzw. eine Liste der Abweichungen, damit der Verkäufer diese dann als Ausnahmen in den Vertrag aufnehmen kann[95].

Die Manager, die nach einer derartigen Bestätigung gefragt werden, haben die Verpflichtung, den vorgelegten Sachverhalt sorgfältig abzuklären und Auskunft zu erteilen. Sie können aber letztlich nur über ihr eigenes Wissen und die Ergebnisse ihrer Abklärungen Auskunft erteilen. Manager, die derartige Auskünfte erteilen, übernehmen daher keine „Kausalhaftung" für die Zusicherungen des Käufers. Taucht später ein Mangel auf, der den Managern nicht bekannt war, können die Manager vom Verkäufer daher nicht in Anspruch genommen werden[96].

---

94 Vgl. für typische Vertragsklauseln TSCHÄNI/WOLF, 101 ff.

95 Die meisten Zusicherungen sind so formuliert, dass der Käufer bestätigt, dass das Unternehmen in einem bestimmten Bereich keine Mängel aufweist, ausser denjenigen, die in Anhängen zum Vertrag offen gelegt worden sind. Vgl. dazu TSCHÄNI/DIEM/WOLF, 169 N 31.

96 Vgl. dazu auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH N 4 zu Art. 321e OR.

Selbst wenn Manager aber bekannte Mängel auf Anfrage nicht mitgeteilt haben oder aufgrund einer unsorgfältigen Untersuchung vorhandene Mängel nicht entdeckt haben, ist ein Schadenersatzanspruch des Verkäufers trotz der Verletzung der Sorgfaltspflicht äusserst schwierig. Oft ist der Verkäufer beim Gesellschaftsverkauf gar nicht Arbeitgeber der Manager der verkauften Gesellschaft, da diese nur mit dieser Gesellschaft nicht aber mit dem Verkäufer selbst Arbeitsverträge abgeschlossen haben[97]. Dies schliesst arbeitsrechtliche Ansprüche aufgrund einer unsorgfältigen Auskunftserteilung in vielen Fällen schon von vorneherein aus. Selbst wenn im Zeitpunkt der Auskunftserteilung ein Arbeitsvertrag zwischen Verkäufer und dem betroffenen Manager bestanden hat, ist es für den Verkäufer aber äusserst schwierig, einen Schaden nachzuweisen[98]. Der betreffende Manager kann sich immer auf den Standpunkt stellen, dass durch die Verletzung der Sorgfaltspflicht gar kein Schaden entstanden ist. Hätte der betreffende Manager seine Sorgfaltspflicht wahrgenommen und die Abweichung von der Zusicherung offengelegt, so hätte dies mit grösster Wahrscheinlichkeit nicht nur zu einer Einschränkung der Zusicherung, sondern vor allem auch zu einer Reduktion des Kaufpreises oder zur Vereinbarung einer Garantie zur Abdeckung des betreffenden Mangels geführt. Damit hätte der Verkäufer letztlich das gleiche ökonomische Resultat erreicht wie bei der Zahlung eines Schadenersatzes aufgrund der Verletzung der Zusicherung[99].

bb) *Haftungsübernahme durch die Manager*

Zum Teil gehen Verkäufer beim Einbezug des Managements über die blosse Bestätigung der Zusicherungen hinaus und verlangen vom Management des verkauften Unternehmens, dass dieses gegenüber dem Verkäufer eine Garantie dafür abgibt, dass die Zusicherungen richtig sind.

---

97 Siehe dazu vorne Ziff. II.1.a)aa). Vgl. auch BGE 4C.158/2002 vom 20. August 2002 in welchem die Arbeitgeberstellung der Konzernmutter verneint wurde.

98 Nach der Differenztheorie entspricht der Schaden der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis gehabt hätte. Vgl. statt aller BGE 132 III 359 E. 4 sowie E. 6.2.

99 Siehe auch FEHR, 114 ff. für weitergehende Ausführungen zu haftungsmässig schwierig zu erfassenden Managementfehlern.

Die Übernahme einer derartigen Haftung geht weit über die arbeitsrechtlichen Verpflichtungen der Manager hinaus – diese können nicht verpflichtet werden, gegenüber dem Verkäufer eine Haftung zu übernehmen, die dessen Verkaufspreis absichern soll. Die Frage des Kaufpreises und der mit dem Verkauf verbundenen Zusicherungen gehört in die ökonomische Sphäre des Arbeitgebers bzw. des Eigentümers des Unternehmens und kann nicht auf die Manager verschoben werden. Daher können die betroffenen Manager die Übernahme einer Haftung verweigern, ohne dass sie ihren Vertrag verletzen würden.

cc) *Parallele Zusicherungen des Managements beim Verkauf eigener Aktien*

Wenn die Manager selbst eine Beteiligung am verkauften Unternehmen halten und ihre Aktien parallel mit dem Verkäufer verkaufen, so müssen sie normalerweise die gleichen Zusicherungen und Garantien abgeben wie der Verkäufer[100]. Die Manager, die für die von ihnen verkauften Aktien Zusicherungen und Garantien abgeben, haften in diesem Fall aber nicht wegen ihrer Stellung als Arbeitnehmer bzw. Führungskräfte, sondern übernehmen allein wegen ihrer Eigenschaft als Verkäufer eine Haftung gegenüber dem Käufer. Diese Haftung ist aber grundsätzlich prozentual auf ihren Anteil an den verkauften Aktien beschränkt, da Personen, die gemeinsam verkaufen, gemäss Art. 143 OR keine Solidarhaftung für die Forderungen des Käufers haben. Diese parallele und proportionale Haftung des Managements beim Verkauf vermindert zwar in rechtlicher Sicht nicht das Haftungsrisiko des Verkäufers für die Zusicherungen und Garantien, die er abgibt. Immerhin hat der Verkäufer aber die Gewissheit, dass die Manager aufgrund ihrer eigenen Haftung den Sachverhalt äusserst gründlich abklären und keine Zusicherungen abgeben werden, zu denen sie nicht stehen können. Rein faktisch reduziert sich daher sein Risiko, wenn er die gleichen Zusicherungen und Garantien abgibt, die das Management bereit ist abzugeben.

---

[100] Zu dieser Situation kommt es regelmässig, wenn ein Private Equity Fonds ein Unternehmen verkauft, da in diesen Fällen das Management meist eine Beteiligung hat und diese gleichzeitig mit dem Verkauf des Unternehmens durch den Fonds ebenfalls verkauft. Vgl. dazu TSCHÄNI/WOLF, 114 ff.

b) Haftet das Management gegenüber dem Käufer für Mängel?

Wenn der Käufer feststellen muss, dass das Unternehmen Mängel aufweist, dass er aber aus dem Kaufvertrag keine Ansprüche gegen den Verkäufer stellen kann[101], so stellt sich der Käufer häufig die Frage, ob er wegen der betreffenden Mängel gegen das Management der verkauften Gesellschaft vorgehen kann. Dazu gibt es unterschiedliche Ansätze:

aa) *Haftung aufgrund einer Täuschung in den Verhandlungen*

Hat ein Manager im Rahmen des Verkaufsvorganges den Käufer über Eigenschaften des Kaufgegenstandes getäuscht, indem er in der Management Präsentation oder im Information Memorandum unwahre oder irreführende Aussagen über das Verkaufsobjekt machte oder für die Due Diligence inhaltlich falsche Dokumente vorlegte, so kann der Käufer gegen den betreffenden Manager Ansprüche aus Art. 41 OR geltend machen. Dafür muss er aber nicht nur beweisen, dass der betreffende Manager täuschende Angaben machte, sondern dass er dadurch einen Schaden erlitten hat, weil er ohne derartige Täuschung das Unternehmen entweder nicht oder zu einem tieferen Preis gekauft hätte.

In der Praxis verfolgen allerdings die meisten Käufer auch bei einer Täuschung nicht das Management, sondern den Verkäufer, da die betreffenden Manager kaum die notwendigen Mittel haben, um den Schaden zu decken. Käufer gehen in diesen Fällen normalerweise auf der Basis von Art. 28 OR gegen den Verkäufer vor und verlangen im Rahmen einer Teilanfechtung die teilweise Rückzahlung des Kaufpreises. Ein derartiges Vorgehen ist möglich, da Manager, die den Verkäufer bei der Due Diligence oder den Vertragsverhandlungen unterstützen, Hilfspersonen des Verkäufers sind, deren Handlungen ihnen gemäss Art. 101 OR angerechnet werden[102].

---

101 Zu einer derartigen Situation kann es kommen, wenn Probleme auftauchen, welche von den vertraglichen Zusicherungen nicht erfasst werden oder wenn die vertraglichen Fristen für die Geltendmachung von Mängeln abgelaufen sind.

102 Vgl. WIEGAND, BSK, N 4 ff. zu Art. 101 OR.

bb) *Verantwortlichkeitsansprüche*

Ist ein Mangel eines Unternehmens auf Fehlentscheide oder andere Handlungen des Managements zurückzuführen, so kann ein Käufer bei einem Gesellschaftskauf gegen die betreffenden Manager allenfalls Ansprüche aus Art. 754 OR stellen[103]. In einem derartigen Fall macht der Käufer allerdings keine eigenen Ansprüche geltend, sondern die Ansprüche der gekauften Gesellschaft[104].

Die Durchsetzung eines Anspruches nach Art. 754 OR ist allerdings nicht einfach. Nach der vom Bundesgericht angewendeten *Business Judgment Rule*[105] genügt die Tatsache, dass eine bestimmte Handlung des Managements die Gesellschaft geschädigt hat, nicht, um eine Haftung zu begründen[106]. Solange das Management unbeeinflusst von Interessenkonflikten gehandelt und bei seinen Entscheiden auch die üblichen Abklärungen gemacht hat, kann es auch dann nicht haftbar gemacht werden, wenn die betreffende Handlung zu einem Schaden führt[107]. Verantwortlichkeitsansprüche sind nur erfolgsversprechend, wenn der Käufer bzw. die gekaufte Gesellschaft nachweisen können, dass der betreffende Manager Drittinteressen bzw. seine eigenen Interessen verfolgte und so seine Treuepflicht verletzte oder dass er gegen elementare Sorgfaltspflichten verstiess, als er seinen Entscheid fällte.

---

103 Bei einem Betriebskauf hat der Käufer von vornherein keine derartige Möglichkeit, da es sich bei Art. 754 OR um einen Anspruch der gekauften Gesellschaft handelt. Bei einem Betriebskauf verbleiben die entsprechenden Ansprüche aber beim Verkäufer.

104 Eingehend zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit statt aller BÖCKLI, § 18 N 107 ff.

105 Nach der *Business Judgment Rule* sollen die Gerichte Geschäftsentscheide, welche gestützt auf eine angemessene Informationsbasis und frei von Interessenkonflikten entstanden sind, nur zurückhaltend überprüfen. Siehe zur Legitimation und Funktion der *Business Judgment Rule* insbesondere NIKITINE, 112 ff.; ROBERTO/GRECHENING, 5 ff.

106 Vgl. BGE 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 sowie die Urteilsbesprechung in VOGT/BÄNZIGER, 607 ff.

107 BGE 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 5; BÖCKLI, § 18 N 429 ff.; FORSTMOSER, N 285 ff.; VOGT/BÄNZIGER, 613 ff.

cc) *Der vertragliche Ausschluss von Ansprüchen gegen das Management*

Auch wenn das Risiko einer persönlichen Haftung der Manager im Rahmen eines Unternehmensverkaufes relativ gering ist, machen sich Manager im Vorfeld des Verkaufs doch oft Gedanken über diese Risiken. Um zu verhindern, dass derartige Risikoüberlegungen das Management von der Mitwirkung beim Verkaufsprozess abhalten bzw. demotivieren, nehmen in der Praxis viele Verkäufer eine Klausel in den Kaufvertrag auf, gemäss der der Käufer auf alle Ansprüche gegen das Management verzichtet, soweit diese auf Handlungen zurückgehen, die vor dem Abschluss des Vertrages liegen[108]. Eine derartige Klausel hat den Effekt, dass sich die Ansprüche des Käufers allein auf die im Vertrag festgehaltenen Ansprüche aus Zusicherungen und Garantien gegen den Käufer beschränken. Diese Beschränkung ist aus wirtschaftlicher Sicht gerechtfertigt – Der Käufer erhält beim Unternehmensverkauf den Kaufpreis und muss daher auch für Mängel aufkommen, welche den Wert des verkauften Unternehmens mindern. Die Manager haben dagegen keine finanziellen Vorteile aus dem Verkauf, weshalb sie auch die damit verbundenen Risiken nicht tragen sollten.

4. Kontakte des Managements mit dem Käufer

a) Die Interessenlage von Käufer und Management

Der Käufer ist meist daran interessiert mit dem Management des zum Verkauf stehenden Unternehmens bereits vor dem Abschluss eines Kaufvertrages in Kontakt zu treten. Einerseits will er sich persönlich ein Bild über die Fähigkeiten der Manager machen, die er mit dem Unternehmen übernehmen wird. Andererseits versuchen Käufer aber häufig auch, vom Management des Unternehmens Informationen zu erhalten, die sie vom Verkäufer selbst nicht erhalten, ihnen aber eine kritische Beurteilung des Unternehmens ermöglichen.

Das Management selbst hat meist auch ein grosses Interesse daran, mit dem Käufer direkt Kontakt aufzunehmen: Die betroffenen Manager wollen in der

[108] In der Praxis wird allerdings normalerweise eine absichtliche Schädigung ausgenommen.

Verkaufssituation abklären, ob sie auch nach dem Verkauf in ihren bisherigen Positionen tätig sein können und wie sich ihr Salär entwickeln wird[109].

b) Massnahmen des Verkäufers

Wie vorne in Ziff. I.2. dargestellt, kann das Zusammenspiel von Management und Käufer für den Verkäufer mit Nachteilen verbunden sein. Da der vorne dargestellte Übergang der Loyalität des Managements vom Verkäufer auf den Käufer ein natürlicher Vorgang ist, muss der Verkäufer von Anfang an Massnahmen ergreifen, um zu verhindern, dass Käufer und Management schon vor dem Vertragsabschluss zum Nachteil des Verkäufers zusammenarbeiten. Dazu hat der Verkäufer folgende Möglichkeiten:

– *Vereinbarungen mit den Kaufinteressenten*

Der Verkäufer kann bereits in der Geheimhaltungserklärung vorsehen, dass Kontakte zwischen Käufer und Verkäufer nur über Berater stattfinden und dass der Käufer das Management ausserhalb von Management Präsentationen und Expert Meetings vor dem Abschluss eines Kaufvertrages nicht kontaktieren darf.

– *Weisungen an das Management*

Zusätzlich kann der Verkäufer den betroffenen Managern auch die Weisung erteilen, den Kaufinteressenten ausserhalb von Management Präsentationen und Expert Meetings keinerlei Informationen abzugeben. Zum Teil verbieten Verkäufer den Managern aber auch jeden Kontakt mit den Kaufinteressenten ausserhalb von Expert Meetings und Management Präsentationen.

c) Rechtliche Situation der Manager

Weisungen des Verkäufers, dem Kaufinteressenten ausserhalb der vereinbarten Management Präsentationen und Expert Meetings keine Informationen abzugeben, sind gültig. Letztlich verbietet schon die arbeitsrechtliche Geheimhaltungspflicht gemäss Art. 321a Abs. 4 OR den Manager, einem Kauf-

[109] Vgl. oben, Ziff. I.2.

interessenten vertrauliche Informationen abzugeben[110]. Eine entsprechende Weisung ruft dies dem Management letztlich nur noch in Erinnerung.

Ein Verbot, mit dem Käufer Kontakt aufzunehmen, um die weitere Beschäftigung nach einem Verkauf zu besprechen, ist dagegen m.E. nicht durchsetzbar. Ein Manager darf – wie jeder andere Arbeitnehmer – auch während der Laufzeit seines Vertrages mit Dritten über eine neue mögliche Anstellung sprechen, da er die Freiheit hat, einen anderen Arbeitgeber zu suchen. In diesem Sinne muss es ihm auch möglich sein, sich beim zukünftigen indirekten Arbeitgeber – dem Käufer – zu erkundigen, ob er ihn im Falle eines Kaufs weiterbeschäftigen würde. Daher kann ein Verkäufer diese Art der Kontaktaufnahme, die auf das zukünftige Arbeitsverhältnis des betreffenden Managers beschränkt ist, nicht verhindern. Entsprechende Weisungen bleiben dementsprechend wirkungslos.

IV. Incentives beim Unternehmensverkauf

Wie oben dargestellt, verunsichert die Aussicht eines Verkaufs das Management des verkauften Unternehmens oft relativ stark, da es sich über die Weiterbeschäftigung und seine Position im Rahmen der Integration beim Käufer Sorgen macht[111]. Um sicherzustellen, dass diese Probleme den Verkaufsvorgang nicht negativ beeinflussen, sehen Verkäufer häufig besondere Incentives für Management und Schlüsselmitarbeiter vor:

1. Halteprämie / Retention Bonus

Der Wert eines Unternehmens, das zum Verkauf steht, nimmt ab, wenn Manager und andere wichtige Arbeitnehmer das Unternehmen während des Verkaufsprozesses verlassen oder die Gefahr besteht, dass sie unmittelbar nach dem Vollzug der Transaktion ihr Arbeitsverhältnis kündigen. Diese

---

110 Siehe hierzu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 zu Art. 321a OR; TSCHÄNI/DIEM/WOLF, N 27. Soweit Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse betroffen sind, ist auch Art. 162 StGB zu berücksichtigen.

111 Vgl. Ziff. I.2.

Gefahr besteht insbesondere, wenn aufgrund der Transaktionsgestaltung bzw. der Absichten des Käufers klar ist, dass es nach der Durchführung der Transaktion tatsächlich zum Abbau von Managern und Arbeitnehmern kommen wird, weil der Käufer primär Synergien erzielen will. In derartigen Situationen ist es verständlich, dass die Manager aus eigener Initiative das Arbeitsverhältnis auflösen, sobald sie Aussicht auf eine andere, sicherere Position haben. Besonders akut ist dieses Problem auf Stufe der Geschäftsleitung, da die meisten industriell orientierten Käufer die betreffenden Führungspositionen im Rahmen der Integration des gekauften Unternehmens entweder aufheben oder aber eigene Führungskräfte einsetzen. Verlassen die Geschäftsleitungsmitglieder in der Verkaufsphase oder während der Integration das Unternehmen, so hat dies aber meist negative Konsequenzen, da ein Führungsvakuum in dieser Zeit oft zu grossen operativen Einbussen führen kann bzw. die Integration massiv erschwert. Um derartige Werteinbussen zu vermeiden, kann es sich beim Verkauf eines Unternehmens empfehlen, Managern und anderen wichtigen Mitarbeitern, die für Verkauf und Integration wesentlich sind, spezielle Boni[112] zu versprechen, falls sie ihr Arbeitsverhältnis bis zu einem bestimmten Zeitpunkt nach dem Vollzug der Übernahme fortsetzen[113].

Diese Bonuszahlungen bzw. die in der Praxis häufig als „Halteprämien" bezeichnet werden, bestehen im Allgemeinen aus Fixbeträgen, die fällig werden, wenn der betreffende Arbeitnehmer bis zum massgebenden Zeitpunkt sein Arbeitsverhältnis nicht selbst gekündigt hat. Die Höhe des Bonus, der für das Verbleiben beim Unternehmen versprochen wird, hängt im Allgemeinen davon ab, wie hoch die Gesamtentschädigung der betroffenen Person war und wie wichtig diese für die Führung des Unternehmens bzw. die Aufrechterhaltung der Geschäftstätigkeit in der Übergangsphase ist.

2. Erfolgsprämien

Bei den Managern, die den Erfolg des Verkaufs direkt beeinflussen können, wie z.B. die Geschäftsleitungsmitglieder des zum Verkauf stehenden Unter-

---

112 In der Praxis als Halteprämien oder *Retention Bonus* oder *Stay Bonus* bezeichnet.

113 M.w.H. dazu SCHÄRER/OSER, 161 f.; SCHENKER, Übernahmerecht, 674.

nehmens, die Informationen und Unterlagen aufbereiten sowie Management Präsentationen durchführen müssen[114], oder sogar mit dem Käufer verhandeln, steht nicht der Verbleib beim Unternehmen, sondern die Motivation im Vordergrund, für die Verkäuferin einen optimalen Preis zu erzielen. In diesen Fällen wird mit den betroffenen Personen oft ein Spezialbonus vereinbart, dessen Höhe vom Verkaufspreis abhängt, sodass sie von einer erfolgreichen Transaktion profitieren[115]. Bei Private Equity Fonds, die das Management am Unternehmen beteiligen, ergibt sich dieser Anreiz aber häufig von selbst; die Manager profitieren dank dem Verkauf der eigenen Beteiligung direkt am Verkaufserfolg, sodass gar kein zusätzlicher Bonus mehr notwendig ist, um ihre positive Mitarbeit am Verkaufsprozess sicherzustellen[116].

3. Modifikation bestehender Incentive Programme

Wie vorne dargestellt, verlieren die normalen Bonusprogramme meist ihren Sinn, da die Ziele, auf denen diese Bonusprogramme basieren, im Rahmen des Verkaufsprozesses bzw. der späteren Integration beim Käufer gar nicht mehr erreicht werden oder mindestens irrelevant werden[117]. Um zu vermeiden, dass es wegen des Verkaufsvorgangs bzw. der nachfolgenden Integration beim Käufer Auseinandersetzungen über die Verpflichtungen des Arbeitgebers unter diesen Bonusprogrammen gibt[118] und um sicherzustellen, dass Incentives und Prioritäten des Verkäufers tatsächlich übereinstimmen, empfiehlt es sich, die normalen auf das operative Geschäft ausgerichteten Boni in Halteprämien umzuwandeln. Folglich beziehen sich diese neu definierten Bonusziele auf einen erfolgreichen Verkaufsprozess bzw. eine erfolgreiche Integration. In diesem Sinne sind zu Beginn des Verkaufsprozesses die Incentives auf das Ziel eines optimalen Verkaufes ausgelegt. Ein derartiges Vorgehen schafft von Anfang an klare Verhältnisse für alle Beteiligten

114 Vgl. zu diesen Aufgaben des Managements SCHÄRER/OSER, 153 f.

115 SCHÄRER/OSER, 162.

116 Vgl. SCHÄRER/OSER, 159.

117 Dazu oben Ziff. II.2.b).

118 Dazu oben Ziff. II.2.c).

und vermeidet Unsicherheiten und Auseinandersetzungen bezüglich der Auszahlung von Bonusversprechen.

Literaturverzeichnis

BAISCH RAINER, Arbeitnehmerschutz bei M&A Transaktionen und Sanierungen, Jusletter 20. Juni 2011.

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009.

BOHNY PETER, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Zürich 1989.

BRUNNER CHRISTIANE/BÜHLER JEAN-MICHER/WAEBER JEAN-BERNARD/BRUCHEZ CHRISTIAN, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005.

FEHR BENJAMIN, Grundzüge der arbeitsvertraglichen Haftung von Managern, Bern 2003.

FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987.

FRICK JÜRG, Private Equity im Schweizer Recht, Zürich 2009.

GEISER THOMAS, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, AJP 1999, 60 ff. (zit. GEISER, Änderungskündigung).

GEISER THOMAS, Die Stellung der Arbeitnehmenden nach dem Fusionsgesetz, AJP 2004, 863 ff. (zit. GEISER, Arbeitnehmerstellung).

GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2012.

GEISER THOMAS/UHLI KAI-PETER, Arbeitsverhältnisse im Konzern, ZBJV 2003, 757 ff.

GERICKE DIETER, M&A und Datenschutz, SJZ 2003, 1 ff.

GRONER ROGER, Private Equity-Recht, Bern 2007.

HIRSIGER RENÉ, Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis, Bern 2011.

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM P./WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 5. Auflage, Basel/Bern/Zürich 2011 (zit. BEARBEITER, BSK, N xx zu Art. yy).

KRADOLFER DEAN ANDREAS, Der Betriebsübergang – Auswirkungen auf das Individualarbeitsverhältnis, Genf 2008.

LEU DANIEL, Variable Vergütungen für Manager und Verwaltungsräte, Zürich/Basel/Genf 2005.

MEIER ERIC OLIVIER, Due Diligence bei Unternehmensübernahmen, Zürich/St.Gallen 2010.

MORF ROGER, Gratifikation und Freiwilligkeitsvorbehalt, ArbR 2012, 67 ff.

MÜLLER ROLAND/ZÜND DAVID, Die Durchsetzung von Konkurrenzverboten im Arbeitsrecht, AJP 2012, 1781 ff.

NIKITINE ALEXANDER, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Zürich 2007.

ROBERTO VITO/GRECHENING KRISTOFFEL, Rückschaufehler („Hindsight Bias") bei Sorgfaltspflichtverletzungen, ZSR 2011, 5 ff.

REHBINDER, MANFRED/STÖCKLI, JEAN-FRITZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI/2/2/1, Art. 319-330b OR, Bern 2010 (zit. REHBINDER/STÖCKLI, BK, N xx zu Art. yy).

SCHENKER URS, Schweizerisches Übernahmerecht, Bern 2009 (zit. SCHENKER, Übernahmerecht).

SCHENKER URS, Vendor Due Diligence, in: TSCHÄNI RUDOLF (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XIII, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. SCHENKER, Vendor Due Diligence).

SENTI CHRISTOPH, Leistungslohn oder Gratifikation? – Stand der Diskussion und Versuch eines systematischen Ansatzes, ARV 2011, 1 ff.

SCHÄRER HEINZ/OSER DAVID, Unternehmensauktionen – Ausgewählte Fragen, in: TSCHÄNI RUDOLF (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VIII, Zürich/Basel/Genf 2006, 125 ff.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012.

TSCHÄNI RUDOLF/WOLF MATTHIAS, Vertragliche Gewährleistungen und Garantien – Typische Vertragsklauseln, in: TSCHÄNI RUDOLF (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VIII, Zürich/Basel/Genf 2006, 93 ff.

TSCHÄNI RUDOLF/DIEM HANS-JAKOB/WOLF MATTHIAS, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013.

VON DER CRONE HANS CASPAR/JENTSCH VALENTIN, Aktuelle Entwicklungen in der Vergütungslandschaft des Finanzplatzes Schweiz, SZW 2012, 377 ff.

VOGT HANS-UELI/BÄNZIGER MICHAEL, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 2012, 607 ff.

WATTER ROLF, Unternehmensübernahmen, Zürich 1990.

WILDHABER ISABELLE, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, Zürich/Basel/Genf 2011.

WINKLER MICHAEL, Unternehmensumwandlungen und ihre Auswirkungen auf Arbeitsverträge, Bern 2001.